Das

Pfandrecht an beweglichen Sachen

nach

österreichischem bürgerlichen Recht.

Mit besonderer Berücksichtigung des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Von

Dr. Ernst Demelius,

k. k. Gerichtsadjunct, Privatdocent an der Universität Wien.

SPEICHERBIBLIOTHEK HAMBURG

Erste Abtheilung.

F 71/1933

Wien und Leipzig.

Wilhelm Braumüller

k. u. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler.

1897.

RECENSIONS-EXEMPLAR

Seminar für Bürgerliches Recht

Inhaltsübersicht.

§ 1. Einleitung. S. 1.
§ 2. Zur Geschichte der Pfandrechtstheorie. S. 8.
§ 3. Zur Charakteristik des Mobiliarpfandrechts. S. 20.
§ 4. Plan der Darstellung. Ausscheidung des sog. richterlichen Pfandrechts. S. 28.
Unterschied zwischen vertragsmäßigem und richterlichem Pfandrecht: S. 31. Das gemeinrechtliche pignus in causa judicati captum: S. 32. Äußerliche Unterschiede des Conventionalpfandrechts und des pignus i. c. j. c.: S. 36 ff. Innere Unterschiede: S. 48 ff. Eintheilung des Stoffes: S. 51.

Das rechtsgeschäftliche Pfandrecht.

Erster Abschnitt. Das vertragsmäßige Pfandrecht.

I. Begriff und Wesen.

§ 5. Das Pfandrecht als subjectives Recht. S. 55.
Die verschiedenen Constructionen (Windscheid, Ihering, Büchel, Sohm, Bremer, Exner): S. 56 ff. Thon's Theorie: S. 61. Eine rein juristische Construction des subjectiven Rechts ist nicht möglich: S. 62 ff. Begriff des subjectiven Vermögensrechts: S. 68 ff. Das Pfandrecht als subjectives Recht: S. 77. Definition: S. 78.
§ 6. Fortsetzung. Wesen des Pfandrechts. S. 78.
Das Pfandrecht ist kein dingliches Recht: S. 79. Das Sicherungsmoment: S. 81. Pfandrecht und Servitut: S. 86. Distraction ist nicht Ausübung des Pfandrechts: S. 88.

II. Allgemeine Grundsätze.

§ 7. Die Subsidiarität. S. 91.
Wo Subsidiarität mangelt, kein Pfandrecht: S. 92. Das Pfändungspfandrecht: S. 92. Anweisung von Executionsobjecten: S. 94. Pignus irregulare: S. 95 ff. Sicherstellungsweise Übereignung von Mobilien: S. 98 ff.
§ 8. Die Accessorietät. S. 104.
Pfandbestellung für ungiltige Forderung, für Forderungstheil, für mehrere Forderungen, für Naturalobligationen: S. 106 ff. Pfandbestel-

lung für bedingte Forderung: S. 106 ff. Pfandbestellung für künftige Forderung: S. 112. Pfandbestellung für verjährte Forderung: S. 113. § 455: S. 116. Fortbestand des Pfandrechts nach Erlöschung der Forderung: S. 117. Erstreckung des Pfandrechts auf Accessorien: S. 120. Wirkung des Wechsels des forderungsberechtigten Subjects auf das Pfandrecht: S. 127. Wirkung der Novation: S. 128 ff. Wirkung der Tilgung einer fremden pfandrechtlich sichergestellten Schuld: S. 134 ff. Durch den Bürgen: S. 134. Das jus offerendi: S. 137. Hypothekarische Succession: S. 140.

§ 9. Die Specialität. S. 140.

Nachtheile der Generalhypothek: S. 140. Dieselbe hat den specifischen Pfandrechtscharakter eingebüßt: S. 142 ff. Scheinbare Ausnahmen vom Specialitätsprincip; Verpfändung einer Sachgesammtheit: S. 147. Pfandrecht an Invecten und Illaten: S. 151. Perclusionsrecht: S. 153.

§ 10. Die Publicität. S. 155.

Wesen: § 155. Publicität und Schutz des redlichen Verkehrs: S. 156. Sonstige Mittel, um Pfandrechtscollisionen hintanzuhalten: S. 156. § 427: S. 159. Symbolische Übergabe: S. 160. Brevi manu traditio, constitutum possessorium: S. 161. Beschränkung des Publicitätsprincips auf das vertragsmäßige Pfandrecht: S. 162.

§ 11. Die sog. Untheilbarkeit des Pfandrechts. S. 163.

Die ältere Doctrin: S. 163. Ungetheiltheit der Pfandhaftung: S. 164. Wirkung der Forderungsverminderung auf die Pfandhaftung: S. 164. Theilung der Forderung: S. 167. Dispositive Natur der Bestimmungen: S. 168.

III. Gegenstand des Pfandrechts.

§ 12. Im allgemeinen. Die körperliche Sache als Pfandobject. S. 169.

Allgemeine Voraussetzungen: S. 169. Verpfändung eines Sachtheiles: S. 171. Erstreckung des Pfandrechts auf Erweiterungen der Pfandsache: S. 175; auf Pertinenzen: S. 177; auf Früchte: S. 180; auf Civilfrüchte: S. 187; auf den Schatz: S. 195; Verpfändung der Sachgesammtheit: S. 197. Specification der Pfandsache: S. 213. Erstreckung des Pfandrechts auf die Versicherungssumme: S. 217. Pfandrecht an künftigen Sachen: S. 223. Pfandrecht an Geld: S. 224. Pignus irregulare: S. 225.

§ 13. Das sog. Pfandrecht an Rechten. S. 237.

Begriff: S. 237. Pfandrecht am usus: S. 247; am ususfructus: S. 249. Forderungspfandrecht: S. 254. Gemeines Recht: S. 255. Österreichisches Recht: S. 260. Bedeutung der Denuntiation: S. 265. Surrogationsprincip: S. 269. Verpfändung einer pfandrechtlich sichergestellten Forderung: S. 270. Afterverpfändung: S. 273. Wirkung der Weiterbegebung des Pfandes: S. 274. Die Afterverpfändung als Umsatzgeschäft: S. 281. Geschichte des Afterpfandrechtsbegriffes: S. 283.

Römisches Recht: S. 283. Deutsches Recht: S. 291. Preußisches Recht: S. 295. Österreichisches Recht: S. 297. Deutsches Reichsrecht: S. 302. Pfandrecht an absoluten Rechten: S. 308.

IV. Entstehung des vertragsmäßigen Pfandrechts.

§ 14. Allgemeine Voraussetzungen. Dispositionsbefugnis. S. 311. Vorhandensein einer Forderung: S. 311. Verpfändbare Sache: S. 313. Dispositionsbefugnis: S. 314. Anticipierende Pfandbestellung: S. 317. Verpfändung künftiger Früchte: S. 318; von Specificationsproducten: S. 321; von Civilfrüchten: S. 322; von Coupons: S. 323. Verpfändung einer res debita: S. 324. Verpfändung si res debitoris facta fuerit: S. 326. Beerbung des Verpfänders durch den Eigenthümer: S. 328. Regelung der Anticipativverpfändung in modernen Gesetzen; preußisches Recht: S. 333; sächsisches Recht: S. 334; deutsches Recht: S. 334. Die Vorläufer des a. b. G.-B.: S. 336. Hoffnungsverpfändung: S. 338. Verpfändung mit Einwilligung des Eigenthümers: S. 339. Genehmigung der Verpfändung: S. 341. Verpfändung fremder Rechte: S. 345. Verpfändung der Sache seitens des Nichteigenthümers als eigene: S. 346. Hand muss Hand wahren: S. 347. Der redliche Erwerb: S. 348. § 367 a. b. G.-B.: S. 349. Der redliche Pfandrechtserwerb: S. 350. Einlösungsrecht des Eigenthümers: S. 351. Verpfändung einer fremden Sache für fremde Schuld: S. 354. § 456 a. b. G.-B.: S. 355. Der dritte Fall des § 367 a. b. G.-B.: S. 357. Das deutsche b. G.-B.: S. 361. Verpfändung durch den Pfandverben: S. 362. Verpfändung von fremden Inhaberpapieren: S. 363. Verpfändung fremden Geldes: S. 364. Verpfändung belasteter Sachen: S. 364. Belastungsverbot: S. 366.

Seminar für Bürgerliches Recht

§ 1.

Einleitung.

Wohl jedem, der auf die pfandrechtlichen Bestimmungen des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches einen Blick wirft, wird vor allem die geradezu außergewöhnliche Spärlichkeit der gebotenen Normen auffallen. Abgesehen von fünf den Pfandvertrag regelnden und einigen zerstreuten Paragraphen erledigt das Gesetz die ganze pfandrechtliche Materie in fünfundzwanzig schmächtigen, Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht umfassenden Artikeln: eine Kürze, die selbst im Rahmen unseres Gesetzes, ganz abgesehen von anderen Codificationen, bemerkenswert ist. Wenn das a. b. G.-B. auch auf anderen Gebieten oft nicht viel mehr als Contouren bietet, hier liefert es kaum mehr als vereinzelte Grenzpunkte, von denen aus man nur durch mühsames Weitervisieren zur Umgrenzung und Anschauung des Ganzen gelangen kann. Vielleicht eignet sich nun, so könnte man denken, gerade die Pfandrechtsmaterie ihrer besonderen Beschaffenheit nach zu solch skizzenhafter Behandlung. Es wäre ja möglich, dass auf diesem Rechtsgebiete der Gesetzgeber durch Aufstellung weniger allgemeiner Gesichtspunkte seine Aufgabe besser gelöst hätte, als durch legislatorische Filigranarbeit, dass er durch wenige entschiedene Winke den Richter sicherer leitet als durch minutiöse Angaben über den einzuschlagenden Weg. Dass sich eine derartige legislatorische Behandlung, gleichsam aus dem Großen heraus, für das Pfandrecht *nicht* eignet, kann sich genauer erst aus der Darstellung dieses Rechtsgebietes selbst ergeben. Hier können die Gründe nur angedeutet werden. Sie sind, kurz gesagt, darin gelegen, dass nirgends mehr als auf dem Gebiete des Pfandrechtes eine richtige und sichere Rechtsanwendung von sorgfältiger und scharfer Betrachtung der einzelnen wirtschaftlichen Figuren, welche hergebrachtermaßen dem Pfandrechtsbegriffe unterstellt werden, abhängt. Rücksichtslose Differenzierung, selbst auf Kosten eines über der ganzen Lehre thronenden einheitlichen Pfand-

rechtsbegriffes, ist hier vonnöthen. Es ist daher der Vorwurf, hier am unrichtigen Ort mit Normen allzusehr gespart zu haben,[1]) dem a. b. G.-B. nicht vollständig zu ersparen. Beispielsweise sei, um nur das Nächstliegende hervorzuheben, darauf hingewiesen, dass das a. b. G.-B. in seinen mobiliarpfandrechtlichen Bestimmungen eigentlich nur vom Sachenpfandrecht, jenem berühmten „Normalfalle" des Pfandrechtes spricht, dessen ungebürliche Betonung auch in der Pfandrechtstheorie viel Unheil angestiftet hat. Vollständig vernachlässigt ist dagegen das sogenannte Pfandrecht an Rechten, insbesondere an Emphyteuse und Superficies, an Grund- und persönlichen Servituten, an Forderungen, endlich auch das sogenannte pignus irregulare. Bei Beurtheilung dieser Rechtsgebilde ist die Rechtsanwendung entweder auf die analoge Anwendung der Grundsätze des Sachenpfandrechtes oder auf die „natürlichen Rechtsgrundsätze" angewiesen: ersteres noch misslicher als letzteres, denn die vom Sachenpfandrecht genommene Analogie führt vielfach *sicher* zu unrichtigen Consequenzen, während die Beobachtung der natürlichen Rechtsgrundsätze, einen entsprechend qualificierten Richter vorausgesetzt, wenigstens zu richtiger Entscheidung führen *kann*. Hat somit das a. b. G.-B. im Capitel vom Pfandrecht die Grenze zulässiger Normenökonomie zweifellos überschritten, so ist doch andrerseits anzuerkennen, wieviel es mit wenigen Worten zu sagen wusste. Diese Handvoll dürrer Paragraphen gestattet es doch immerhin, eine specifisch *österreichische* Pfandrechtslehre aufzustellen, wobei die Lücken im Gesetze, die der Praktiker schwer empfindet, dem theoretischen Bearbeiter freieste Bewegung gestatten, seine Thätigkeit schwieriger aber auch anregender und bedeutungsvoller machen. Allerdings mit einer Frage hat er sich vorerst abzufinden: mit welchem Material sind die klaffenden Lücken auszufüllen, welche Farben sind auf die Palette zu nehmen, um aus der vom Gesetze gelieferten dürftigen Skizze ein fertiges perspectivisches Bild zu schaffen? Dies erfordert kurze Betrachtung.

Wo der Theorie die Aufgabe zukommt, den Ausbau eines Gesetzes zu vollenden, muss sie dies, so lautet von jeher der oberste Grundsatz, im Geist und Stil des Ganzen zu thun versuchen. Was würde man

[1]) Dass die sonst so schätzenswerte Kürze im a. b. G.-B. sich vielfach bis zur „Dürftigkeit" und „Unvollständigkeit" steigere, wurde mehrfach bemerkt; so *Behrend* in *Holtzendorff's* Encyklopädie, 2. Aufl., S. 299, 300; *Arndts*, Gesammelte civilistische Schriften, 3. Bd., S. 144; *Pfaff-Hofmann*, Commentar, 1. Bd., 1. Abth., S. 55.

von einem Baumeister sagen, der einen begonnenen Quadernbau mit Backsteinen vollenden wollte? Es gilt somit, sich mit allen zugebote stehenden Mitteln auf den Standpunkt des Gesetzgebers zu stellen, seine Gedanken weiter zu entwickeln, sofern noch Ansätze dazu im Gesetze vorhanden, und dort, wo sie aufhören, statt seiner und für ihn weiter zu denken. Wem würde dabei nicht jene schwierige und subtile Thätigkeit des Rechtshistorikers, welche in der Restituierung verloren gegangener Quellenbestandtheile besteht, vorschweben? Und doch ist dieses letztere Geschäft, wenigstens in einem Punkt, ganz anders geartet. Wer unleserliche oder ganz verlorene Theile einer Handschrift restituiert, muss zu erforschen trachten, was deren Autor *seinerzeit* geschrieben; wer ein unvollständiges Gesetz ergänzt, muss fragen: wie würde *derselbe* Gesetzgeber, um die nöthigen Ergänzungen angegangen, sie *heute* liefern? Hieraus folgt, dass in letzterem Fall folgende Erfordernisse unerlässlich sind: einmal genaue Kenntnis der Verhältnisse, unter denen *seinerzeit* der Gesetzgeber arbeitete, zweitens vollständige Vertrautheit mit den inzwischen eingetretenen Veränderungen auf individualwirtschaftlichem und socialem Gebiete, endlich das volle Beherrschen des wissenschaftlichen Apparates, besonders mit Rücksicht auf die inzwischen gemachten Fortschritte theoretischer Erkenntnis. Nur aus dem Zusammenwirken dieser Factoren kann sich für Gesetzeslücken ein brauchbares, homogenes Füllmittel ergeben. Hier an einleitender Stelle ist nur von dem ersteren dieser Erfordernisse zu sprechen; die an die übrigen sich anknüpfenden Fragen finden ihre Erledigung zweckmäßiger im Zuge der Darstellung der Pfandrechtsmaterie selbst.

So sehr es mit der älteren österreichischen Rechtsgeschichte immer noch im argen liegt,[2]) so genau sind wir im ganzen über die Codificationsgeschichte unseres Privatrechts auf Grund der eingehenden Arbeiten *Harrasowsky's*, *Domin's* und *Pfaff's* informiert. Wir können nicht nur die allmähliche Entwickelung unserer Codification vom *Codex Theresianus* an durch ihre verschiedenen Stadien verfolgen, sondern sind auch unterrichtet über die Intentionen, von welchen diese legislatorischen Arbeiten getragen waren. Anfangs handelte es sich vor allem um Beseitigung des um die Mitte des 18. Jahrhunderts herrschenden, nachgerade unerträglich gewordenen Zustandes der Rechts-

2) Trotz bedeutender Vorarbeiten; s. *Pfaff-Hofmann*, a. a. O., S. 2, Anm. 5.

unsicherheit und Rechtszersplitterung.[3]) Dazu kam später die Abneigung der naturrechtlichen Schule gegen das römische Recht,[4]) welche sich im weiteren Zuge der Codificationsthätigkeit, wenn auch nur allmählich, geltend machte.[5]) Der im Jahre 1766 fertig gestellte Codex Theresianus war noch „größtentheils aus den Commentaren über das römische Recht zusammengetragen";[6]) er wurde bekanntlich nicht sanctioniert. Abgesehen von seinem unmäßigen Volumen machte man ihm auch die völlige Anlehnung an das römische Recht zum Vorwurf. Maria Theresia ordnete daher die Anfertigung eines Auszuges an und ertheilte dafür unter anderem die Instruction: „In den Gesetzen selbst soll sich nicht an die römischen Rechte gebunden, sondern überall die natürliche Billigkeit zum Grunde gelegt werden." Diese Directive blieb für die weiteren Codificationsarbeiten fortan maßgebend.[7]) Das am 1. November 1786 publicierte sogenannte „Josephinische Gesetzbuch" enthielt bekanntlich nur das Personenrecht, hat also für die Darstellung einer sachenrechtlichen Materie kein weiteres Interesse. Dagegen ist von entscheidender Bedeutung für die Genesis des a. b. G.-B. das sogenannte westgalizische b. G.-B., welches im Laufe des Jahres 1797 zuerst in West-, dann in Ostgalizien eingeführt wurde. Es bildet als sogenannter „Urentwurf"[8]) die Grundlage für die Redaction des a. b. G.-B. Trotz einzelner wichtiger Abweichungen steht es dem schließlichen Gesetzestext auch hinsichtlich der Pfandrechtsmaterie schon ziemlich nahe. Die Verschiedenheiten werden entsprechenden Orts sorgfältig zu berücksichtigen sein. Hier sei vorläufig zur Charakterisierung des Bestrebens der Redactoren, sich vom römischen Rechte zu emancipieren, darauf hingewiesen, dass im sogenannten Urentwurfe neben dem allgemeinen Retentionsrechte des redlichen Besitzers auch ein solches für den befriedigten Pfandgläubiger wegen sonstiger Forderungen wider denselben Schuldner statuiert war,[9]) dass weiters der sogenannte anti-

[3]) Pfaff-Hofmann, a. a. O., S. 4, 5.

[4]) Pfaff-Hofmann, a. a. O., S. 7.

[5]) Pfaff-Hofmann, a. a. O., S. 14, Anm. 70.

[6]) Unger, System, I, S. 7.

[7]) Pfaff-Hofmann, a. a. O., S. 16.

[8]) Über die wenigen und unerheblichen Abweichungen dieses „Urentwurfes" von der Fassung des sogenannten westgalizischen G.-B. s. Pfaff-Hofmann, a. a. O., S. 21, Anm. 111; Ofner, Protokolle, S. CXLVIII.

[9]) Entwurf II, § 250, Ofner, a. a. O., S. LI. Erst bei der zweiten Lesung („Revision") wurde über Anregung Pratobevera's das Retentionsrecht in beiden der im Text genannten Fällen beseitigt (Ofner, a. a. O., II, S. 380).

chyretische Pfandvertrag gestattet war, sofern dadurch das Maß der gesetzlichen Zinsen nicht überschritten wurde.[10]) Diese beiden Bestimmungen römisch-rechtlicher Provenienz fanden keinen Eingang in das Gesetzbuch. So wichtige Fragen sie indes auch betreffen, sie beziehen sich denn doch nur auf Einzelheiten der Pfandrechtslehre, ohne das innerste Wesen des Pfandrechtsbegriffs zu berühren und dessen Construction beeinflussen zu können. Das österreichische Mobiliarpfandrecht zeigt im ganzen genommen, dies ist auf den ersten Blick erkennbar, das scharfe Profil des römischen Rechts. Dieser sein Grundzug ist immerhin so lebhaft ausgeprägt, dass ihn auch unverkennbare deutschrechtliche Bestandtheile nicht zu verwischen vermögen. So interessant der Nachweis wäre, dass die Redactoren trotz vielfacher Abneigung gegen das römische Recht und trotz des Bestrebens, sich seinem Banne zu entziehen, dennoch Vieles, was sie als römisches Recht perhorrescierten, unter dem Titel der Billigkeit, Natürlichkeit und Vernünftigkeit wieder aufnahmen, ein Beweis, der auf andern Gebieten des österreichischen Civilrechts leicht zu erbringen ist, dieses Beweises sind wir hier überhoben. Spricht sich doch die Hofcommission in Gesetzsachen gelegentlich der Vorlage des Entwurfs zweiter Lesung im Jahre 1808 folgendermaßen aus:

„In der Bestimmung des Sachenrechts behauptet das römische Recht unstreitig den ersten Rang sowohl durch Ausführlichkeit als Gerechtigkeit in den Entscheidungen . . ."

„Da nun sämmtliche neuere Nomotheten in der Gesetzgebung über das Sachenrecht die trefflichen Materialien des römischen Rechts zur Basis angenommen haben . . ., so bleibt zur gegenwärtigen Vergleichung (d. i. mit dem römischen Recht) nur übrig, einige Hauptvorschriften auszuheben, worin der vorliegende Entwurf von dem römischen Rechte und von den neueren Gesetzbüchern abweicht."

Bezüglich des Pfandrechts finden sich solche Abweichungen — abgesehen von dem Hinweis auf die Institution der öffentlichen Bücher und die Beseitigung des Retentionsrechts — im weiteren Verlaufe dieser „Vergleichung" nicht verzeichnet. Man hat also ganz bewusst das römische Pfandrecht in seinen Grundzügen recipiert.

Dass man der deutschrechtlichen Elemente nicht gedachte, erklärt sich aus dem damaligen Zustande der deutschen Privatrechtswissenschaft.

[10]) Entwurf III, § 523, Ofner, a. a. O., S. CXXXVIII. Diese Bestimmung wurde erst bei der dritten Lesung auf Veranlassung Haan's eliminiert (Ofner, a. a. O., II, S. 580).

Stobbe[11]) sagt über diesen Punkt: „Die Codificationen Preußens und Österreichs wurden zu einer Zeit unternommen, in welcher die Theorie des deutschen Rechts noch in der Wiege lag und die Resultate der wissenschaftlichen Pflege desselben nur eine untergeordnete Anerkennung in den Gesetzbüchern finden konnten. Aber trotzdem hat das deutsche Recht in ihnen mehr Raum zu gewinnen vermocht, als den Redactoren bewusst war, und auch mehr, als wir durch unsere heutigen Studien bereits überall nachzuweisen im Stande sind ... Ohne eine Ahnung davon zu haben, dass sie ... das deutsche Recht selbst zur Anerkennung brachten und dem nationalen Recht die ihm gebürende Achtung verschafften, glaubten die Redactoren entweder das gemeine Recht in seiner richtigen Bedeutung zu erfassen, oder einem allgemeinen Billigkeitsgefühl, der aequitas, der Natur der Sache, der naturalis ratio zu folgen. Weil sich niemand den nationalen Anschauungen völlig entziehen kann, hielten sie das für vernünftig und allgemein giltig, was in der That national war."

Schöner und richtiger kann wohl kaum das Scheinwesen und die Scheinexistenz eines über Ort und Zeit erhabenen Naturrechtes bezeichnet werden. Wenn man trotzdem heutzutage mit dem „Naturrecht" wieder zu liebäugeln beginnt, so ist dies nur eine ganz begreifliche Reaction gegen gewisse Excesse der historischen Schule.

Hat nun auch, wie gesagt, für das österreichische Mobiliarpfandrecht die gemeinrechtliche Lehre das Fundament geliefert, so sind nichtsdestoweniger die dem deutschen Recht entnommenen Grundsätze von ganz eminenter, speciell praktischer Bedeutung. Sie sollen und werden in der weiteren Darstellung entsprechende Würdigung erfahren. Eines aus dem deutschen Recht herrührenden Grundsatzes muss jedoch mit Rücksicht auf seine besondere Bedeutung schon hier gedacht werden; es ist jener Grundsatz, dessen Mangel im römischen Recht es bewirkte, dass das römische Pfandrecht der späteren Zeit seinen praktischen Zweck im wesentlichen verfehlte: der Grundsatz möglichster Publicität des Pfandrechtserwerbs. Die Möglichkeit im römischen Recht, Pfandrecht durch bloßen Vertrag zu bestellen, musste auf die Sicherheit geschäftlichen Verkehrs höchst ungünstig einwirken. Da die Verpfändung einer Sache, wenn wir zunächst an den Fall des sogenannten Sachenpfandrechts denken, äußerlich nicht erkennbar war, musste jeder, der eine Sache oder ein Recht an einer solchen erwarb, befürchten, dass früher

[11]) Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 2. Abth. (1864), S. 433.

oder später Pfandrechtsprätendenten, die ihr Recht auf vorausgegangene, eben nicht erkennbar gewesene Verpfändungen stützen, zum Vorschein kommen und ihre Ansprüche geltend machen. Damit war aber der creditfördernde Zweck des Pfandrechtsinstitutes so ziemlich brach gelegt.[12]) Hier nun griff das segensreiche Publicitätsprincip des deutschen Rechtes, welches für den Erwerb dinglicher Rechte an Mobilien womöglich Besitzübertragung erforderte, fördernd und sichernd ein.[13])

Schon diese wenigen Andeutungen lassen folgendes Urtheil, welches ein gewiss competenter Beurtheiler über das a. b. G.-B. im allgemeinen aussprach, auch für dessen Pfandrecht im besonderen als richtig erscheinen. Arndts war es, der vom a. b. G.-B. sagte:[14])

„Das deutsche und römische Element des gemeinen Rechtes ist darin meistens verständig und zeitgemäß verarbeitet und verschmolzen, und dem ersteren namentlich sein gebürender Einfluss gewahrt worden."

Hiemit ist denn auch uns der weitere Weg vorgezeichnet. Wir müssen nicht nur erforschen, was uns die Redactoren sagen wollten, und zwar auch dort sagen wollten, wo sie sich unrichtig oder undeutlich ausgedrückt haben, wir müssen auch zu erforschen trachten, was sie uns mitgetheilt hätten oder vielmehr hätten mittheilen müssen, wenn sie nicht so wortkarg gewesen wären. Dies ist nur möglich vom Standpunkt jener beiden Componenten aus, welche in ihrer Vereinigung das österreichische Privatrecht bilden. Wertvolle Fingerzeige wird uns zudem die Redactionsgeschichte der einzelnen Gesetzesstellen geben, sowie auch die Vergleichung mit jener Codification, die nicht lang vor unserem Gesetzbuche in einem andern Staate unter vielfach gleichartigen Verhältnissen entstand: ich meine das allgemeine preußische Landrecht. Welche große Bedeutung die Bedachtnahme auf dessen Bestimmungen für die Auslegung des österreichischen Rechts hat, bedarf mit Rücksicht auf die hervorragende Rolle, die ersteres bei Redigierung des

[12]) Dies wird auch von Romanisten bereitwillig anerkannt, z. B. Bruns in Holtzendorff's Encyklopädie, 2. Aufl., S. 376.

[13]) Trotz des in dieser Richtung dem römischen Rechte unverkennbar anhaftenden Mangels wäre es dennoch unangemessen, deshalb in anderer Beziehung das römische Element im heutigen Pfandrechte zurückdrängen zu wollen. Denn dieser Mangel ist sanierbar, ohne dadurch in principiellen Gegensatz mit der so überaus scharfsinnigen und kunstvollen römischen Pfandrechtslehre zu gerathen (Bruns, a. a. O.).

[14]) Gesammelte civilistische Schriften, III. Bd. (1874), S. 144.

a. b. G.-B. gespielt, keiner weiteren Ausführung. Speciell mit Bezug auf das Pfandrecht liegt folgender Ausspruch der schon oben genannten österreichischen Hofcommission in Gesetzsachen vor:

„In Rücksicht des Pfandrechts und des Rechts der Dienstbarkeiten ist kein wichtiger Unterschied zwischen dem österreichischen und preußischen Rechte."

Wird zudem bedacht, dass das preußische Landrecht ein sehr ausführliches Gesetz ist und dass das a. b. G.-B. häufig eine ganze Anzahl von Paragraphen des ersteren in einen seiner Paragraphen zusammendrängt, so kann das preußische Landrecht vielfach geradezu als Commentar des a. b. G.-B. herangezogen werden.

Möge es mit diesen Hilfsmitteln gelingen, dem nahezukommen, was Beseler[15]) von der deutschen Privatrechtswissenschaft verlangt, indem er sagt: „Die Aufgabe ist, den gesammten vorhandenen Rechtsstoff wissenschaftlich zu durchdringen, ihn im Geiste einer selbständigen nationalen Rechtsbildung frei zu beherrschen und den Anforderungen der ... Gegenwart dienstbar zu machen."

§ 2.

Zur Geschichte der Pfandrechtstheorie.

Die Schwierigkeiten, welche die Erforschung der juristischen Natur des Pfandrechtsbegriffs der Rechtswissenschaft von jeher bereitet, mussten sich naturgemäß noch steigern, seitdem die Neubelebung der romanistischen Jurisprudenz zu Beginn dieses Jahrhunderts schärfere Begriffsformulierung und strengere Systematik auf ihr Programm gesetzt hatte.[1]) Die eigenthümliche Natur des Pfandrechts stellte diesen Bestrebungen an und für sich energischen Widerstand entgegen. Dazu kamen noch gewisse Schwierigkeiten, welche sich an die das Pfandrecht behandelnden Quellenbestandtheile knüpften, so einerseits Dürftigkeit an Stellen für einzelne wichtige Pfandrechtspartien (wie z. B. das Afterpfandrecht), andererseits die öfters zu Zweifeln geradezu herausfordernde Ausdrucksweise der Pandektenjuristen und endlich gewisse Unebenheiten, die wir offenbar der Papierscherenarbeit von Tribonian und Genossen ver-

[15]) System des gemeinen deutschen Privatrechts (1866), Vorrede S. VIII.

[1]) Windscheid, Pandekten (7. Aufl.), I. Bd., § 9.

danken.[2]) Zu alledem war die Behandlung der Quellen seitens der neuerwachten historischen Schule keineswegs immer eine ganz glückliche: gerade die Dogmengeschichte des Pfandrechtes zeigt häufig, besonders in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts, nicht nur einseitiges Anklammern seitens der Juristen an einzelne Quellenausdrücke, sondern auch viel blinden Glauben an die Unfehlbarkeit der römischen Rechtsgelehrten.[3]) Andrerseits, und dies gilt besonders für die spätere Entwicklungszeit der Pfandrechtsdogmatik, finden wir gerade auf diesem Gebiet eine Anzahl von literarischen Arbeiten, die, ganz abgesehen von ihren Resultaten, schon auf Grund der virtuosen Technik, mit der sie das schwierige Thema behandeln, hervorragendes Interesse gewähren. Es dürfte daher der im Folgenden versuchte kurze Überblick über die Entwicklung und Bewegung des Pfandrechtsbegriffes seit Schöpfung des a. b. G.-B. in zweifacher Richtung berechtigt sein: einmal, um die Grundlage für die Beurtheilung des heutigen Standes der Frage und für den Aufbau der eigenen Theorie zu gewinnen; andrerseits gewährt gerade die Geschichte der Pfandrechtsdogmatik interessante Einblicke in den Gang, den die Methode der Privatrechtswissenschaft seit den ersten Decennien dieses Jahrhunderts eingeschlagen.[4])

---

[2]) Ich erinnere an die berüchtigte l. 13, § 2 D. de pign. 20, 1.

[3]) Wagt ein Schriftsteller dennoch einmal den einen oder andern Zweifel, so findet er es sicher nöthig, sich deshalb in irgend einer Weise zu entschuldigen. Gesterding z. B. kritisiert einmal (Pfandrecht, 2. Aufl., 1831, S. 21) Paulus, aber nicht ohne beizusetzen: „unbeschadet der Ehrfurcht gegen die majestas der römischen Rechtsgelehrten". Allerdings kann wohl niemand leugnen, dass sich nirgends mehr, als auf dem Gebiete der so schwierigen Pfandrechtscasuistik, der Scharfsinn und der sichere praktische Blick der römischen Juristen bewährt habe. Sagt doch Bruns, der die Schwächen gerade des römischen Pfandrechts keineswegs verkennt: „Dass die römischen Juristen bei der Behandlung und Entwicklung des Pfandrechts denselben Scharfsinn und dieselbe grandiose Consequenz entwickelt haben, wie bei allen übrigen Theilen des Rechts, zeigt ein Blick in die wenigen Titel vom Pfandrechte in den Pandekten" (Holtzendorff's Encyklopädie, 2. Aufl., S. 376).

[4]) Ich bemerke hier ausdrücklich, dass es sich im Folgenden auch nicht um eine halbwegs vollständige Aufzählung und Besprechung der ganzen gemeinrechtlichen Literatur dieses Jahrhunderts handelt. Genannt werden nur, dem im Text bezeichneten Zweck entsprechend, jene Werke, welche in der Entwicklung der Pfandrechtsdogmatik markante Punkte bilden, also nur solche Werke, welche sich wenigstens incidenter mit dem allgemeinen Pfandrechtsbegriffe befassen und auch von diesen wieder nur jene, die eben die Hauptträger der einzelnen Richtungen sind. Die voll-

Nach dem Erscheinen der Werke von Westphal und Gmelin in den Siebzigerjahren des vorigen Jahrhunderts war in der Pfandrechtsliteratur ein gewisser Stillstand eingetreten. In diesen fällt die Fertigstellung und Kundmachung des preußischen und österreichischen Civilgesetzbuches. Die Legaldefinition des Pfandrechts in letzterem (§ 447):

„Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen"

entspricht dem damaligen Stande der gemeinrechtlichen Doctrin. Sie fasst, wie dies üblich war, als ganz selbstverständlich zunächst nur das sogenannte Sachenpfandrecht ins Auge: dies ergibt sich aus dem Betonen der Dinglichkeit des Rechts. Der Ausdruck „Sache" ist im Sinne des § 285 a. b. G.-B. zu nehmen, umfasst somit auch die unkörperlichen Sachen, also Rechte; es würde insofern die Definition auch auf die übrigen Pfandrechtsfiguren (nicht nur das Sachenpfandrecht) passen. Indem jedoch die Dinglichkeit des Pfandrechts besonders hervorgehoben ist, kann die Definition keinesfalls das Forderungspfandrecht in sich begreifen; denn mit Rücksicht auf das dem Forderungspfandgläubiger zustehende jus exigendi kann nicht behauptet werden, dass sein Pfandrecht ein ihm an einer Sache „ohne Rücksicht auf gewisse Personen" zustehendes Recht sei (§ 307 a. b. G.-B.). Zudem ergibt sich auch aus andern Gesetzesstellen[5]) deutlich, dass die Regeln des 6. Hauptstückes, II. Theil a. b. G.-B., sich zunächst nur auf das Pfandrecht an körperlichen Sachen beziehen. Was die übrigen Fälle des vertragsmäßigen Pfandrechts anbelangt, so findet nur das Afterpfandrecht in den §§ 454 und 455 Regelung; im übrigen wird die Rechtsanwendung sich selbst überlassen.

Auf ganz ähnlichem Standpunkte steht noch das fünf Jahre nach Publication des a. b. G.-B. erschienene Werk Gesterding's,[6]) durch welches die literarische Thätigkeit auf pfandrechtlichem Gebiet wieder in Fluss kam.[7]) Gesterding bezeichnet die Verpfändung als Mittel,

ständigere Benützung der gemeinrechtlichen Literatur muss dem besonderen Theile vorbehalten werden.

[5]) Z. B. §§ 461, 469 u. a.

[6]) Die Lehre vom Pfandrecht, nach Grundsätzen des römischen Rechts, 1. Aufl. 1816, 2. Aufl. 1831.

[7]) Als Nachtrag hiezu erschienen im Jahre 1832 noch sieben weitere Abhandlungen über pfandrechtliche Fragen von demselben Verfasser und zwar im vierten Theile des Werkes: Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechts-

„den Gläubiger durch die Sache des Schuldners sicherzustellen, welche ihm zu diesem Ende verhaftet sein soll".[8]) Product dieses „Cautionsmittels" sei das Pfandrecht, ein dingliches Recht an der verhafteten Sache. Unter „Sache" versteht Gesterding wie das a. b. G.-B. nicht nur die körperliche Sache, sondern auch das Recht.[9]) Trotzdem ist seine ganze Darstellung auf das Sachenpfandrecht im engern Sinne zugeschnitten, wie z. B. seine Ausführungen über das jus distrahendi zeigen.[10]) Er beschränkt sich hinsichtlich der Charakterisierung der übrigen Pfandrechtstypen auf die allgemeine Bemerkung, dass die Verpfändung von Rechten „meistens etwas Anomalisches" habe.[11])

Dass eine solche Auffassung und Behandlung der Pfandrechtslehre erhöhten Bedürfnissen nach scharfer Begriffsbildung nicht genügen konnte, liegt auf der Hand. Wir finden daher seit dem Beginn der Dreißigerjahre dieses Jahrhunderts in der gemeinrechtlichen Literatur das begreifliche Bestreben nach Aufstellung eines einheitlichen Pfand-

---

materien. In der Vorrede rühmt sich Gesterding, dass er der Erste gewesen, „der in neueren Zeiten diese Materie auf die Bahn brachte". Gleichzeitig macht er folgende für die damaligen literarischen Verhältnisse bezeichnende Bemerkung: „Zwar, bei der Menge von Schriften, die über Materien des Pfandrechts seit einigen Jahren erschienen sind, so dass es fast scheint, als sei eine neue Art von Seuche, eine Pfandrechtswuth, unter den Rechtsgelehrten in Deutschland ausgebrochen, oder, als gehe man darauf aus, die Wissenschaft ganz zugrunde zu richten, wenigstens sie unzugänglich zu machen, oder einen Ekel davor zu erregen, sollte man billig Bedenken finden, die Zahl dieser Schriften noch mit neuen zu vermehren." Was Gesterding übrigens nicht abhält, seine sieben Abhandlungen dennoch vom Stapel zu lassen.

[8]) Pfandrecht, 2. Aufl., S. 1. An dieser Definition ist vor allem auszusetzen, dass die Möglichkeit der Pfandbestellung durch eine andere Person als den Schuldner nicht berücksichtigt ist.

[9]) A. a. O., S. 68.

[10]) A. a. O., S. 165 ff.

[11]) A. a. O., S. 68. Dieses „Anomalische" wird in der Folge auch bezüglich des Pfandrechts an Emphyteuse und Superficies, am Nießbrauch, an den Prädialservituten, an der Forderung, sowie am Pfandrecht, ausgeführt und insbesondere auch darin gefunden, dass in einigen dieser Fälle (Nießbrauch- und Forderungspfandrecht) das jus distrahendi cessiere. Trotzdem bemerkt Gesterding später (S. 165), ohne Verkaufsrecht gebe es kein „wahres" Pfandrecht; denn es gehöre zum Wesen desselben. Hier ist der Punkt, wo der Widerspruch in der Darstellung Gesterding's und überhaupt in allen jenen Darstellungen hervortritt, welche die Pfandrechtslehre an dem Paradigma des sogenannten Sachenpfandrechts abhandeln: einerseits sollen Rechte so gut wie Sachen Pfandobjecte sein können, andrerseits werden jedoch die mit der Verpfändung von Rechten verbundenen besonderen Erscheinungen als mit dem Wesen des Pfandrechts unverträglich bezeichnet.

rechtsbegriffs, der in gleicher Weise Pfandrecht an körperlichen Sachen sowie an Rechten einschließt. Diese neue Richtung[12]) wurde zunächst von Büchel[13]) eingeschlagen. Das Charakteristische seiner Lehre ist, dass er den in den Quellen häufig für Verpfändung und auch für Pfandrecht gebrauchten Ausdruck: obligatio[14]) zur Construction des Pfandrechtsbegriffs heranzieht und auf diese Weise zur Definition des Pfandrechts als einer „Obligatio rei in securitatem crediti constituta" gelangt. Hiemit sei „sowohl die Verpfändung einer körperlichen, als die einer unkörperlichen Sache, namentlich auch die eines Forderungsrechts, getroffen und zugleich das eigentliche Wesen des Rechts genau bestimmt". Zudem sei hiemit der Übelstand behoben, das Pfandrecht je nach seinem Objecte bald als dingliches, bald als persönliches Recht bezeichnen zu müssen, denn als obligatio rei sei es zwar auch dinglicher Natur, jedoch in ganz anderm Sinne als die übrigen dinglichen Rechte,[15]) indem die verpfändete Sache hier „als persona obligata gedacht werde". Daher sei das Pfandrecht „ein wirkliches Forderungsrecht," bei dem die Sache als verpflichtetes Subject erscheine, sie stelle sich daher „nach unserm Sprachgebrauche" dar als ein „dingliches Forderungsrecht".[16]) Büchel unternimmt es nun auch, im weiteren Verlauf seiner Darstellung durch Hervorheben der Berührungspunkte zu zeigen, „dass das Pfandrecht auch seinem innern Wesen nach sich nur als eine obligatio darstelle".[17]) Er beruft sich unter anderem darauf, dass das Pfandrecht (nach

---

[12]) Bemerkenswert ist die Energie, mit der die verschiedenen Vertreter derselben auftraten, wenn auch ihre Auffassungen zum Theil diametral entgegengesetzte waren. Es erklärt sich dies nicht nur daraus, dass es einem völlig neuen Standpunkt Eingang zu verschaffen galt, sondern vor allem auch aus der Nothwendigkeit einer gewissen Gewaltanwendung, um Rechtsgebilde, die ihrem Object nach den verschiedensten Privatrechtsgebieten angehören, unter einen einheitlichen Rechtsbegriff zu bringen.

[13]) Civilrechtliche Erörterungen, 1. Aufl. 1833, 2. Aufl. 1847, I. Bd., S. 120 ff. („Über die Natur des Pfandrechts.")

[14]) S. die bei Büchel a. a. O., S. 144 ff. angeführten Quellenstellen. Auch sonst noch gebrauchen die Quellen häufig für pfandrechtliche Verhältnisse Ausdrücke aus dem Obligationenrecht (Windscheid, Pandekten, 7. Aufl., S. 672). Schon Riedel (Hugo's civ. Magazin V, S. 117) und Mühlenbruch (Cession, S. 10) deuten die Ähnlichkeit des Pfandrechts mit der Obligation an.

[15]) A. a. O., S. 121, 261.

[16]) Noch eingehender führt Büchel diesen Gedanken a. a. O., S. 142 ff. aus.

[17]) A. a. O., S. 154 ff.

römischem Recht) durch bloßen Vertrag entstehe, meint weiters, es erkläre sich aus dem Gesichtspunkt der obligatio rei, warum es keinen Besitz des Pfandrechts gebe (da an Obligationen überhaupt kein Besitz stattfinde) und warum das Pfandrecht als dingliches Recht nur in der Pfandklage bestehe.

Büchel's Lehre fand trotz scharfer Zurückweisung seitens maßgebender Rechtsgelehrter[18]) anfangs dennoch manche Anhänger. In einem Nachtrag zu seiner mehreitierten Abhandlung führt er eine ganze Reihe zustimmender Schriftsteller an.[19]) Heutzutage ist man über die Unrichtigkeit dieser Lehre einig und würde sie kaum mehr beachten, wenn sich nicht neuerdings bei einem Rechtslehrer wie Brinz,[20]) gleichfalls die Verknüpfung der rei obligatio mit dem Pfandrechtsbegriff, allerdings in einem andern Sinne, wie bei Büchel, fände. In einem andern Sinne deshalb, weil Brinz in der Wortformel rei obligatio das Wort obligatio nicht in dem gewöhnlichen Sinne von Schuld oder Verbindlichkeit auffasst, sondern in der allgemeineren Bedeutung von „Haftung". Diesen höheren Begriff obligatio spaltet er in rei und personae obligatio; bei der rei obligatio (dem Pfandrecht) hafte die Sache dem Gläubiger, bei der personae obligatio die Person. Diese Construction vermeidet allerdings die contradictio in adjecto des dinglichen Forderungsrechts,[21]) löst aber gleichzeitig das Pfandrecht vollkommen von der durch dasselbe sichergestellten Forderung los.[22]) Sein Pfandrechtsbegriff scheint daher besser auf die sogenannte

---

[18]) Puchta, Institutionen, 9. Aufl., II. Bd., S. 252, Anm. c („die Argumente für diese Behauptung sind unglaublich schwach"), Keller, Pandekten, § 190 („nicht römisch, nicht richtig gedacht und von dem allerschlechtesten Geschmack").

[19]) Mühlenbruch, Sintenis, Walter, Warnkönig, Schenck, Hoffmann und Vangerow. Dabei ist jedoch zu bemerken, dass einige davon (z. B. Sintenis und Vangerow) die Büchel'sche Lehre nur mit gewissen Modificationen acceptierten (Windscheid, a. a. O., S. 672, Anm. 8). Eine eingehende Besprechung und Widerlegung der Theorie von der obligatio rei findet sich bei Dernburg, Pfandrecht, 1. Band, §§ 12, 13.

[20]) Brinz, Pandekten, 2. Aufl., II. Bd., S. 1 ff., 835 ff., der Begriff obligatio bei Grünhut I, S. 11 ff.

[21]) Brinz, Pandekten, a. a. O., spricht sich gegen eine derartige Formulierung wenigstens indirect aus.

[22]) A. a. O., S. 7 ff., S. 839 ff., S. 841: „Den Zweck also wozu, mit nichten das Ding, wofür Sachen haftbar gemacht werden, bilden persönliche Obligationen. Das Ding wofür ist das, dass dem Inhaber der rei obligatio etwas geleistet werde." Dabei verweist Brinz auf § 309, welcher von den Cautionen handelt.

Grundschuld, gewisse deutschrechtliche Pfandrechtsformen,[23]) die Cautionshypothek und etwa das pignus irregulare, als auf die normalen gemeinrechtlichen Pfandrechtstypen, zu passen.[24])

Obwohl, wie bereits bemerkt, Büchel unter seinen Meinungsgenossen auch Sintenis[25]) anführt, so ist dies in solcher Allgemeinheit nicht richtig. Allerdings sagt Sintenis:[26]) „dass das Pfandrecht eine obligatio rei sei und kein sogenanntes dingliches Recht, diesen Beweis hat Büchel mit Erfolg unternommen und es dadurch leicht gemacht, auf dem gewonnenen Grunde fortzubauen". Trotzdem verwahrt er sich dagegen, dass das Pfand als Subject eines obligatorischen Verhältnisses betrachtet werden könne, lässt vielmehr den jeweiligen Pfandbesitzer Schuldner sein und vermeidet damit den bedenklichen Punkt der Büchel'schen Lehre.

Nachdem schon Sintenis den Schwerpunkt des Rechts des Pfandgläubigers in die Pfandklage gelegt,[27]) lässt Bachofen[28]) das Pfandrecht völlig in der Klage aufgehen. Indem er sich vor allem gegen die Auffassung des Pfandrechts als jus in re wendet, möchte er überhaupt, „soweit es die Darstellung erlaubt", den Ausdruck Pfandrecht durch Pfandklage ersetzen.[29]) Hiemit umschifft er allerdings gewisse Klippen des Pfandrechtsdogmas, ohne indes die Erkenntnis

[23]) Meibom, Das deutsche Pfandrecht, S. 264 ff.

[24]) Thatsächlich läuft auch seine Darstellung über das „Wofür der Forderung" schliesslich in die Betrachtung des forderungslosen Pfandrechts aus (a. a. O., S. 843, 844).

[25]) Handbuch des gemeinen Pfandrechts, 1836.

[26]) A. a. O., S. 8.

[27]) A. a. O., S. 12 ff.

[28]) Das römische Pfandrecht (1847), S. 83 ff.

[29]) „Wir verstehen darunter (unter Pfandrecht), wie die Römer, die Pfandklage allein, mit ihr steht und fällt jenes" (S. 87). Bachofen stützt sich auf l. 27 pr. D. de nox. act. 9, 4 (Gajus ad ed. prov.): nullum enim pignus est, cuius persecutio negatur, woraus selbstverständlich nicht gefolgert werden kann, dass auch das noch persecutionsfähige Pfandrecht nur in der Pfandklage besteht (S. 82). Den Satz, dass nur die Formelfassung über das Dasein des Pfandrechts entscheide, versucht er aus l. 30, § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2 (Paulus) zu beweisen, wobei das Hauptgewicht auf die Worte: nec enim potest pignus perseverare domino constituto creditore; actio tamen pignoraticia competit fällt. Hier knüpfe Paulus die Existenz des Pfandrechts ausdrücklich an die Zuständigkeit der Pfandklage. Daraus folgt aber doch nur, dass Paulus die Worte: nec enim potest pignus perseverare in einem eigenthümlichen, etwas formalistischen Sinn gebraucht.

des Pfandrechtsbegriffes sonst irgendwie zu fördern. Indem er es verschmäht, aus der Darstellung in den Quellen den Pfandrechtsbegriff dogmatisch zu entwickeln, bleibt er gleichsam auf halbem Wege stehen: er vermeidet die Schwierigkeit, anstatt sie zu lösen.[30])

In den Jahren 1860—1864 erschien Dernburg's umfassende Bearbeitung des römischen Pfandrechts, das Hauptwerk auf dem Gebiete des gemeinen Rechts.[31]) Bei seiner allgemeinen Bedeutung ist es hier zu nennen, obwohl es speciell für die Geschichte der neueren Pfandrechtstheorie keinen markanten Punkt bildet. Dernburg greift ausdrücklich auf die ältere Auffassung des Pfandrechts als jus in re zurück, indem er zugleich in eingehendster und überzeugendster Weise die Unhaltbarkeit der Theorie von der obligatio rei nachweist.[32]) Auch bei ihm steht, wo er von der Natur und Construction des Pfandrechtsbegriffes spricht,[33]) das Pfandrecht an der körperlichen Sache im Vordergrund der Betrachtung. Nur dieses („Pfandrecht im engern Sinn") wird einer Definition gewürdigt, während die andern Pfandrechtstypen unter dem nur sehr allgemein angedeuteten Begriff des „Pfandrechts im weitern Sinn" untergebracht werden. Dieses „Pfandrecht im weitern Sinn" sei durch seinen Zweck charakterisiert, „dass es ähnlich der Schenkung, der Dotalbestellung ein allgemeiner Charakter ist, welchen Rechtsgeschäfte verschiedener Art annehmen können". Dernburg verzichtet also, wie überhaupt die ältere Schule, auf die Aufstellung eines einheitlichen Pfandrechtsbegriffes.

In ein ganz neues Stadium trat unsere Frage durch Sohm's Schrift über das subpignus.[34]) Er stellte sich mit Recht die Aufgabe, den Pfandrechtsbegriff unabhängig von der besonderen Form des Sachenpfandrechts festzustellen. Zu diesem Zwecke geht er von der Zweitheilung der Vermögensrechte in Rechte an einem Object (Eigenthum, Emphyteuse, Superficies und Servituten) und Rechte auf ein Object,

---

[30]) S. auch Arndts, Pandekten, 9. Aufl., S. 616, Anm. 3 a. E. Gleichfalls von den Pfandklagen ausgehend versucht der Pfandrechtsnatur beizukommen Rudorff (Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, XIII).

[31]) Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, 1. Band (1860), 2. Band (1864). Dieses Werk ist künftig nur mit dem Namen des Autors citiert.

[32]) A. a. O., 1. Band, S. 104—121.

[33]) A. a. O., S. 97 ff.

[34]) Die Lehre vom subpignus. Eine von der Rostocker Juristenfacultät gekrönte Preisschrift (1864), S. 6—19.

d. h. einen Vermögenswert, aus. Zu den letztern zählt er die Forderungsrechte und das Pfandrecht. Er ſagt:

„Neben die Forderungsrechte tritt, dem Inhalt nach völlig gleichgeartet, der Form nach verſchieden, eine andere Claſſe von Rechten, die Rechte auf den Vermögenswert eines beſtimmten Objects, die ihr Subject zugleich berechtigen, den Vermögenswert dieſes Objects zum Zweck ſeiner Befriedigung ſelbſthandelnd durch Verkauf desſelben oder auf andere Weiſe herzuſtellen.

Dieſe Rechte ſind demnach zugleich Rechte *auf* einen Vermögenswert und Rechte *an* einem Object, beſtehen zugleich in der Spannung auf jenen und in der Macht über dieſes. Es iſt klar, wie ſie durch dieſe ihre Eigenthümlichkeit gerade in die Mitte zwiſchen die Forderungsrechte und die oben geſchilderten dinglichen Rechte treten."

Dieſes Recht auf den Vermögenswert eines Objects trete acceſſoriſch-neben das Forderungsrecht, „um dem Berechtigten den Vermögenswert, der ihm aus der perſönlichen Schuld zukommen ſoll, gleichſam näher zu bringen." Auf dieſe Weiſe gelangt *Sohm* zu folgender Definition des Pfandrechts:

„Pfandrecht iſt das mit unmittelbarer Macht über ein Object ausgerüſtete Recht auf denjenigen Theil des Vermögenswertes desſelben, der zu der Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zuſtehenden Forderung hinreicht."

Das in dieſer Definition enthaltene Moment des Rechts *auf* einen Vermögenswert beſtimme den materiellen Inhalt, das darin enthaltene Moment des Rechts *an* einem Object, dagegen die äußere Form des Pfandrechts. Inhalt und Form ſtehen jedoch, ſo meint *Sohm* weiter, beim Pfandrecht in gewiſſem Miſsverhältnis, indem das Recht auf den Vermögenswert (Inhalt) ſich nach der perſönlichen Schuld richte, während das Pfandrecht mit ſeiner dinglichen Macht (Form) den *ganzen* verpfändeten Gegenſtand ergreife. Die Objecte des Pfandrechts ſind in *Sohm's* Definition nicht genauer beſtimmt; es können Sachen wie Rechte ſein. Nur das Sachenpfandrecht bezeichnet *Sohm* ausdrücklich als dingliches Recht; dennoch faſst er, wie aus ſeiner ganzen Darſtellung und aus mehrfachen Wendungen hervorgeht, auch das Pfandrecht an Rechten als eine dingliche Beziehung auf.[35])

[35]) A. a. O., S. 14: „formelle Verwandtſchaft (des Pfandrechts) mit den dinglichen Rechten", „das Pfandrecht ergreift mit ſeiner dinglichen Macht unbedingt

Jedenfalls bleibt durch die von ihm aufgestellte Definition die Einheit des Pfandrechtsbegriffes, wenigstens äußerlich, gewahrt. Gleichzeitig ergaben sich allerdings schon prima facie mancherlei Bedenken gegen Sohm's unter allen Umständen künstliche und wenig homogene Construction. Was ist das für ein Zwittergebilde, welches einerseits in dinglicher oder wenigstens quasidinglicher Form erscheint, andrerseits aber an dem Wesen der Forderungsrechte theilnimmt?[36])

Von Sohm zwar beeinflusst, jedoch im wesentlichen auf abweichendem und selbständigem Standpunkt steht Bremer.[37]) Was er bei ersterem auszusetzen hat, ist, dass derselbe bei Entwicklung des Pfandrechtsbegriffs auf halbem Wege stehen geblieben sei, indem er dem Pfandrechte die bestimmte, einheitliche Form abgesprochen. Thatsächlich sei auch die Form des Pfandrechts stets dieselbe.[38]) Hiemit hat Bremer sicher die schwache Seite der Sohm'schen Lehre getroffen und er hat auch wohl Recht mit der Bemerkung, dass Sohm, wenn

---

den ganzen verpfändeten Gegenstand", „das Pfandrecht an Rechten ist den dinglichen Rechten nur insofern ähnlich, als es auch hier sein Object mit derselben Unmittelbarkeit ergreift". Wie sollte denn sonst auch das Recht an einem Object, die unmittelbare Herrschaft über ein Object, zu denken sein?

[36]) A. a. O., S. 25. Lugt hier nicht die Bücher'sche obligatio rei zwischen den Zeilen hervor? Sohm empfindet selbst (a. a. O., S. 26) das Bedenkliche dieser Doppelnatur seines Pfandrechtsbegriffs und constatiert auch den hierin gelegenen Widerspruch. Über denselben sucht er damit hinwegzukommen, dass er sagt, das dingliche Moment im Pfandrecht sei bestimmt, dem Pfandgläubiger die Möglichkeit zu gewähren, sich durch eigene Handlung den Vermögenswert, worauf sein Wille gerichtet, zu verschaffen. Dass diese Macht des Pfandgläubigers kein wesentliches Stück des Pfandrechtsbegriffs ist, zeigt das pignus nominis. Worin soll hier die „unmittelbare Macht" über das nomen liegen? Sohm sagt (a. a. O., S. 47): in der dem Forderungspfandgläubiger zustehenden actio utilis in personam. Ist es aber nothwendig und geht es überhaupt an, um die Zuständigkeit einer actio utilis in personam zu rechtfertigen, ein quasidingliches Machtverhältnis auf Seite des Berechtigten anzunehmen? Außerdem zeigt ja die Nothwendigkeit dieser Klage am besten, dass von einem Rechte des Gläubigers, den Vermögenswert des Objects selbsthandelnd herzustellen, nicht die Rede sein kann. Endlich darf in der Pfandrechtsdefinition überhaupt das Schwergewicht nicht auf die Realisierungsbefugnis des Pfandgläubigers gelegt werden und dies thut Sohm, indem er von Recht auf den Vermögenswert spricht, denn ein vollgiltiges Pfandrecht besteht auch in jenen Fällen, wo es zu einer Herstellung des Vermögenswertes, etwa wegen Zahlung der Schuld, gar nicht gekommen ist.

[37]) Das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867).

[38]) A. a. O., Vorrede S. X, XI.

er die Form des Pfandrechts je nach dem Object desſelben für variabel erklärt, eigentlich zu jenen zu zählen iſt, welche einen einheitlichen Pfandrechtsbegriff nicht kennen.[39]) Bremer erzielt nun die gewünſchte Einheitlichkeit durch die Annahme, daſs das Pfandrecht in allen Fällen ein dingliches Recht ſei.[40]) Dieſe abſolute Dinglichkeit des Pfandrechts findet er nämlich in Anſchluſs an Neuner[41]) in der Unmittelbarkeit der Beziehung des Pfandgläubigers zu dem verpfändeten ſachlichen Gute.[42]) Object des Pfandrechts iſt für Bremer in allen Fällen, alſo auch in dem des Sachenpfandrechts, ein Recht, nie eine körperliche Sache. Die hiedurch erzielte bedeutende Vereinfachung der Pfandrechtsdefinition ſpringt in die Augen; ſie lautet: „Pfandrecht iſt das dingliche Recht an einem fremden Vermögensrecht, zufolge deſſen der Pfandgläubiger ſich den Wert des Pfandobjects in Anrechnung auf eine ihm zuſtehende Forderung aneignen darf.“[43])

Der Bremer'ſchen geradezu diametral entgegengeſetzt iſt Exner's Auffaſſung vom Weſen des Pfandrechts.[44]) Auch ſein Ergebnis iſt die Einheit des Pfandrechtsbegriffs, jedoch aufgebaut auf der Baſis des Sachenpfandrechts.[45]) Es gibt nach Exner nur Pfandrecht als dingliches Recht an körperlichen Sachen und zwar gilt dies für alle Pfandrechtstypen, indem ſich dem „Normalfall“ des Sachenpfandrechts noch die Pfandrechte auf Grund einer beſchränkteren dinglichen Rechtsſtellung

[39]) A. a. O., S. 82.

[40]) A. a. O., S. 84.

[41]) Weſen und Arten der Privatrechtsverhältniſſe (1866), S. 79.

[42]) Neuner ſagt a. a. O.: „Eine ſolche unmittelbare Beziehung finden wir denn in der That bei jedem Pfandrechte hergeſtellt, nur in der Form verſchieden nach Verſchiedenheit der verpfändeten ſachlichen Güter; ſelbſt das Pfandrecht an einer Forderung ergreift ſein Object mit quaſidinglicher Kraft.“ S. dazu die Beſprechung der Neuner'ſchen Schrift von Bürkel in der krit. Vierteljahrſchrift f. Geſetzgebung und Rechtswiſſenſchaft, XI. Band (1869), S. 218 ff.

[43]) Bremer, a. a. O., S. 119. Dazu Windſcheid, Pandekten, I. Band, S. 683, Anm. 7. Das Pfandrecht an einer körperlichen Sache iſt alſo nach Bremer Pfandrecht am Eigenthumsrecht (Arndts, a. a. O., § 367). Für die Beurtheilung ſeiner Definition iſt die Frage entſcheidend, ob es Rechte an Rechten gibt und was darunter zu verſtehen ſei. Einen gewichtigen Bundesgenoſſen hat Bremer in Pfaff: Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherſtellung insbeſondere das ſogenannte pignus irregulare (1868), S. 12, gefunden. (S. auch Pfaff in Grünhut's Zeitſchrift, I, S. 41 ff.)

[44]) Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach römiſchem Recht (1873).

[45]) A. a. O., S. 189 ff.

(Emphyteuse, Superficies, Nießbrauch, Pfandrecht), weiters die Verpfändungen künftiger, geschuldeter, gehoffter Sachen ꝛc. anschließen. „Alles Pfandrecht also ergreift mit unmittelbar dinglicher — wenngleich verschieden gespannter und möglicherweise zu Zeiten latenter — Kraft körperliche Sachen.“[46])

Hiemit schließt sich der Kreis der der Unificierung des Pfandrechtsbegriffs gewidmeten Schriften. Ein kurzer Überblick über dieselben zeigt, dass man auf drei Wegen das Ziel zu erreichen suchte. Die ältere Schule (vor allem Büchel) bemühte sich durch einseitiges Herausgreifen und enge Interpretation eines Quellenausdrucks die Aufgabe zu lösen. Andere (wie vor allem Bremer) suchten ihr Heil in rein doctrinärer, streng juristischer und begriffsmäßiger Construction. Das Resultat war diesen Bemühungen entsprechend und gipfelte in der Aufstellung, dass das Pfandrecht ein Recht an einem Recht sei. Die dritte Richtung wird durch Exner repräsentiert. Was man auch an seiner Theorie auszusetzen habe, hier weht doch in vielfacher Beziehung freiere, gesundere Luft. Mag auch seine Construction an einzelnen Punkten juristisch unmöglich sein,[47]) so liegt doch seiner Behandlung des Pfandbegriffs ein an und für sich richtiger und einfacher Gedanke zugrunde, dass nämlich das subjective Vermögensrecht, somit auch das Pfandrecht im subjectiven Sinn, unter allen Umständen, direct oder indirect, materielle Güter zum Gegenstand habe, dass somit die Vermögensrechte, was ihr schließliches Object anbelangt, unter einander keinen Unterschied aufweisen, wohl aber hinsichtlich des Grades der Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit, mit welcher das materielle Gut vom subjectiven Rechte angezogen wird. Hiemit tritt allerdings ein ausgesprochen wirtschaftlicher Gesichtspunkt an Stelle des streng juristisch-dogmatischen, damit aber auch pulsierendes Leben an die Stelle todter Abstraction. Insofern ist Exner's Auffassung vom Pfandrechtsbegriff eine echt moderne. Wir erblicken in ihr den Schlusspunkt einer Entwicklung, die mit scholastischer Quellenverwertung beginnend, sodann in reine Begriffsjurisprudenz

---

46) Exner construiert daher das Forderungspfandrecht als pignus rei debitae (S. 133 ff.) und gelangt im wesentlichen zu gleichen Resultaten wie schon vor ihm Eberhard, die Verpfändung von Forderungen nach gemeinem Rechte (1869), S. 13 ff. Das Afterpfandrecht ist ihm consequent ein „Pfandgeschäft specifischer Art“, nicht eine Art des pignus nominis, weshalb er eine Weiterverpfändung des Pfandes ohne Mitverpfändung der Forderung für möglich hält (S. 79 ff.).

47) Windscheid, a. a. O., I. Band, S. 679, Anm. 2.

umschlug, um sich schließlich zu einem einfacheren und natürlicheren Gesichtspunkte durchzuringen.[48])

§ 3.

Zur Charakteristik des deutschen Mobiliarpfandrechts.

Die specifischen Eigenthümlichkeiten des deutschen im Vergleich zum römischen Recht treten auch auf dem Gebiet des Pfandrechts scharf und deutlich hervor. Zeigt uns das römische Recht einen mit hoher juristischer Kunst ausgebildeten Pfandrechtsbegriff, so bietet uns das deutsche Recht eine Reihe interessanter, dem individuellen Lebensbedürfnis entsprungener Pfandrechtsbildungen. Konnten nun auch diese weichen, oft nur schwach ausgeprägten Formen dem mit der Macht begriffsmäßiger Durchbildung auftretenden römischen Recht großentheils nicht widerstehen, so gibt andrerseits deren Betrachtung nicht nur so manchen Fingerzeig für das richtige Verständnis des heutigen Pfandrechts, sondern auch so manche Anregung de lege ferenda. Charakteristisch vor allem für das deutsche Pfandrecht dem römischen gegenüber ist die gesonderte Entwicklung, welche im ersteren das Immobiliar- und Mobiliarpfandrecht nahmen;[1]) für die juristische Construction des römischen Rechts konnte der äußere Unterschied der Sachen nie diese Bedeutung erlangen. Es war auf dem Gebiete des deutschen Pfandrechts bis auf Meibom[2]) üblich, der Darstellung die Zweitheilung in Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht zugrunde zu legen.[3]) Meibom dagegen gieng von dem Unterschiede zwischen genommenem und gesetztem Pfand aus und machte erst innerhalb dieser Kategorien die Unterabtheilung in Mobiliar- und Immobiliarpfand.[4]) Damit trat er der vorher herr-

[48]) Dies gilt indes meines Erachtens nur für die in der Exner'schen Theorie schlummernden Grundgedanken, für die ratio remota seiner Auffassung. Mit den daraus im einzelnen gezogenen Consequenzen sowie überhaupt mit seinem juristisch-technischen Apparat kann ich mich nicht überall einverstanden erklären.

[1]) Bekanntlich findet sich im deutschen Recht noch eine weitere für das Pfandrecht relevante Eintheilung der Sachen, nämlich die Eintheilung der Mobiliarpfänder in Kistenpfänder und essende Pfänder, die ersteren leblose, die zweiten lebende Pfänder.

[2]) Das deutsche Pfandrecht (1867).

[3]) Man folgte darin dem Vorgang Albrecht's in dessen grundlegender Schrift: Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts (1828).

[4]) A. a. O., S. 36. Meibom's Werk stellt sich die Aufgabe, „das deutsche Pfandrecht in der Gestalt darzustellen, zu welcher sich dasselbe ohne Einwirkung

Seminar für Bürgerliches Recht

schenden Ansicht, dass das durch richterliche Pfändung erworbene Pfandrecht ein dem vertragsmäßig bestellten Pfandrecht gleichartiges Rechtsverhältnis sei, entgegen und förderte damit die auch für das heutige Recht bedeutungsvolle Erkenntnis, dass das durch richterliche Zwangsvollstreckung erworbene sogenannte Pfandrecht ganz anderer juristischer Structur sei als das vertragsmäßige.[5]) Dieser Gedanke wird weiter unten für die Systematik des Pfandrechts entsprechend verwertet werden. Vorläufig sei nur bemerkt, dass es sich beim sogenannten Pfändungspfandrecht um einen obrigkeitlichen, also nach Maßgabe öffentlichen Rechts zu beurtheilenden, die zwangsweise Realisierung einer bereits festgestellten Forderung bewirkenden Act handelt, beim vertragsmäßigen Pfandrecht, der deutschrechtlichen Satzung, dagegen um ein durch den Parteiwillen geschaffenes Rechtsverhältnis, für welches sonach vor allem der beiderseitige Vertragswille maßgebend ist. Weiters bildet das vertragsmäßige Pfandrecht auch nicht, wie das executive, eine durch das Eingreifen der Staatsgewalt charakterisierte Episode im Leben des Forderungsrechts selbst, sondern erscheint als eine das Forderungsrecht zwar fördernde und unterstützende, jedoch außerhalb desselben und seiner Entwicklungsbahn gelegene Rechtsvorrichtung. Andrerseits bringt Meibom, seinem richtigen und fruchtbaren Grundgedanken wohl nicht ganz entsprechend, die sogenannte neuere Satzung[6]) in innere Verbindung mit der Pfändung, indem er sie als Anweisung eines Executionsgegen-

---

fremden Rechts aus sich selbst heraus vor der Aufnahme des römischen Rechts entwickelt hatte." Es behandelt demnach vor allem das Recht des 13., 14. und 15. Jahrhunderts (S. 3). Eines seiner Hauptverdienste besteht in der scharfen und specificierenden Beleuchtung der einzelnen Pfandrechtstypen. Seine Resultate haben allerdings zum Theil Widerspruch erfahren.

[5]) Moderne Gesetze gebrauchen eine Terminologie, als liege das Unterscheidungsmerkmal zwischen sogenanntem richterlichen und vertragsmäßigen Pfandrecht überhaupt nur im Entstehungsgrund: §§ 449, 450 a. b. G.-B., a. preuß. L.-R., I, 20, § 4, deutsche C.-P.-O., § 709, die neue österr. Executionsordnung, § 256 (dieselbe wird künftig mit E.-O. citiert). Die obwaltenden Verschiedenheiten festzustellen, bleibt daher der Theorie und Rechtsanwendung vorbehalten, so z. B. für das österreichische Recht die Constatierung, dass die §§ 454—456 a. b. G.-B. auf das sogenannte richterliche Pfandrecht keinen Bezug haben.

[6]) Bekanntlich wird seit Albrecht's obcitierter Schrift beim Immobiliarpfandrecht zwischen älterer und neuerer Satzung unterschieden: erstere gewährt dem Pfandgläubiger Besitz, Gebrauch und Fruchtgenuss des Pfandes, jedoch kein Verkaufsrecht, letztere wohl das Verkaufsrecht, aber keinen Besitz, noch Gebrauch oder Genuss.

standes auffasst[7]) und sie geradezu als „Conventionalarrest" bezeichnet.[8]) Der herrschenden Lehre entgegen behauptet er des weitern, dass diese „neuere Satzung" auch bei Mobilien vorkomme und zwar auch bei diesen ohne Besitzübertragung.[9]) Wir hätten also hienach auf deutschrechtlichem Boden die interessante Erscheinung einer der römischen Hypothek sehr ähnlichen Pfandrechtsbildung. Meibom selbst spricht hier von „größter Ähnlichkeit mit dem römischen Pfandrechte"[10]) und meint, es müsse an diese Pfandrechtsform angeknüpft werden, „wenn es gilt, die Fortbildung des römischen Pfandrechts in Deutschland nachzuweisen". Nun ist aber Meibom mit der Behauptung, dass das deutsche Recht ein Mobiliarpfandrecht ohne Besitzübertragung gekannt habe, auf vielfachen Widerspruch gestoßen;[11]) thatsächlich ist seine Beweisführung wohl nicht ganz genügend.[12]) Es ist somit für das deutsche Recht bis zur Reception des römischen vor wie nach der Satz aufrecht zu halten, dass zur Erwerbung des Pfandrechts an beweglichen Sachen Besitzübertragung erforderlich sei.[13])

Noch in einem andern, wichtigen Punkte haben die Resultate Meibom's Widerspruch hervorgerufen; in einem Punkte, der für die Beurtheilung der Natur des deutschen Pfandrechts von entscheidender Bedeutung ist. Es ist dies die berühmte und heikle Frage nach der

---

[7]) A. a. O., S. 30, 402 ff.: „sie (die neuere Satzung) gewährt dem Gläubiger zur Sicherstellung seiner Forderung an einem Gegenstande diejenigen Rechte, welche er gehabt haben würde, wenn dieser Gegenstand für ihn im Executionswege als Pfand genommen worden wäre" (S. 403).

[8]) A. a. O., S. 407.

[9]) A. a. O., S. 410 ff.

[10]) A. a. O., S. 462.

[11]) Dagegen haben sich z. B. ausgesprochen: Roth, System des deutschen Privatrechts, III. Band, S. 717, Anm. 3; Stobbe, krit. Vierteljahrschrift, IX, S. 316, Handbuch des deutschen Privatrechts, II. Band, 1. Abtheilung, S. 624.

[12]) Es ist hier nicht der Ort, dies näher auszuführen. Nur soviel sei bemerkt, dass Regeln über die Verpfändung eines Schiffes (a. a. O., S. 412) oder eines ganzen Vermögens oder Nachlasses (S. 413) keineswegs auf Mobilien im allgemeinen ausgedehnt werden dürfen. So concentriert sich Meibom's Beweisführung im wesentlichen auf die Schlussfolgerung: Da die sogenannte neuere Satzung eine Art anticipierter Execution ist, so ist alles, was in Execution gezogen werden kann, also auch bewegliches Gut jeder Art, in gleicher Weise Gegenstand dieser Satzung.

[13]) S. auch Gengler, Das deutsche Privatrecht, 4. Aufl. (1892), S. 262 ff.; Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts (1866), § 98; Gerber, System des deutschen Privatrechts, 14. Aufl. (1882), S. 400, 407; Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts (1894), S. 397.

Accessorietät des Pfandrechts. Meibom leugnet, dass das Pfandrecht im deutschen Recht durchwegs eine Forderung voraussetze; es gebe vielmehr Pfandrechtsfiguren, die als Tauschgeschäfte anzusehen seien, bei denen den Pfandgeber eine Verpflichtung zur Rückzahlung des Geldes überhaupt nicht treffe; es stehe ihm lediglich eine Einlösungsbefugnis zu.[14]) Hiemit wäre ein tiefgreifender Unterschied dem römisch-rechtlichen Pfandbegriff gegenüber gegeben. Wirkt aber diese sogenannte „Satzung als Tauschgeschäft" thatsächlich forderungsloses Pfandrecht? Solange der Pfandgeber das Recht hat, sein Pfand durch Bezahlung der Pfandschuld zu lösen, ist die Forderung unter allen Umständen wenigstens potentiell und zwar mit der Möglichkeit sofortiger Actualität noch vorhanden. Löst Pfandgeber sein Pfand ein, so bezahlt er eben seine Schuld und dies setzt voraus, dass letztere noch vorhanden ist. Meibom's forderungsloses Pfandrecht kann daher näherer und unbefangener Betrachtung nicht standhalten.[15]) Vielmehr ist daran festzuhalten, dass auch das deutsche Pfandrecht accessorischer Natur ist.

Von großer Bedeutung auch für das moderne Pfandrecht ist das germanische Princip des „Hand-wahre-Hand" geworden. Es ist dies einer jener Punkte, wo die deutsche Rechtsauffassung einen glänzenden Sieg über die rücksichtslose Logik des römischen Rechts davongetragen. War nämlich eine bewegliche Sache mit Willen des Eigenthümers in den Besitz eines andern übergegangen und hatte dieser letztere die Sache einem Dritten verpfändet, so stand dem Eigenthümer ein Rückforderungsanspruch nur gegen Bezahlung der vom Dritten gezahlten Pfandsumme zu.[16]) Indem moderne Gesetzgebungen diesen Grundsatz aufnahmen, thaten sie es im Interesse der Verkehrssicherheit.[17]) Er

[14]) A. a. O., S. 264 ff., 273 ff.

[15]) Dagegen haben sich auch ausgesprochen: Stobbe, a. a. O.; Gerber, a. a. O., S. 398, Anm. 2; Kohler, Pfandrechtliche Forschungen (1882), S. 97 ff., welcher letztere Meibom's Ansicht für einen „capitalen constructiven Fehler" erklärt; Roth, a. a. O., S. 502. S. auch Sohm bei Grünhut, V, S. 1 ff.

[16]) Meibom, a. a. O., S. 310; Stobbe, Handbuch, II. Band, 1. Abtheilung, S. 626. Bei Verpfändung gestohlener oder geraubter Sachen cessierte die Einlösungspflicht des Eigenthümers. Dagegen waren jüdische Pfandgläubiger auch solche Sachen nur gegen Bezahlung der Pfandforderung herauszugeben verpflichtet (Stobbe, a. a. O.). Ein ähnliches Privilegium genießen auch die Leihhäuser (Gerber, a. a. O., S. 408; Roth, a. a. O., S. 721).

[17]) Z. B. a. b. G.-B., § 456, preuß. L.-R., I, 20, § 80. Dabei wird Redlichkeit auf Seite des dritten Erwerbers ausdrücklich verlangt.

bildet ein Correlat zum Publicitätsprincip; denn wenn für den Pfandrechtserwerb die Erkennbarkeit der Verpfändung als erforderlich angesehen wird, so darf consequent dem redlichen Rechtserwerb ein verborgener Fehler nicht nachtheilig sein. Dem Eigenthümer geschieht kein Unrecht; er trägt lediglich die Gefahr, die damit verbunden ist, dass er seine Sache aus der Hand gegeben hat.[18])

Während nach römischem Recht die Distraction des Pfandes Privatsache des Pfandgläubigers war,[19]) wobei das Interesse des Verpfänders an möglichst günstigem Verkauf lediglich durch gewisse vorgeschriebene Solennitäten[20]) gewahrt blieb, musste sich nach deutschem Recht der Pfandgläubiger neuerer Satzung an das Gericht um Ertheilung der Distractionsermächtigung wenden. Der diesbezüglich gestellte Antrag, welcher „Klage" oder „Forderung" hieß, provocierte zunächst ein gerichtliches Urtheil; dieses erst gewährte die Veräußerungsbefugnis.[21]) Die Mehrzahl der modernen Privatrechts- und Pfandrechts-Codificationen[22]) haben sich diesem Distractionssystem angeschlossen und damit ein ausgesprochen deutschrechtliches Element ihrer im übrigen vorwiegend gemeinrechtlichen Pfandrechtslehre eingefügt.[23])

Eine Frage allgemeiner Natur wird an dieser Stelle nahe gelegt: wie verhält sich das römische zum deutschen Mobiliarpfandrecht vom socialen

---

[18]) Vgl. auch Krasnopolski, der Schutz des redlichen Verkehrs im österreichischen Civilrechte (1892), S. 7 ff.

[19]) Eine Ausnahme galt nur (abgesehen vom pignus in causa judicati captum: l. 2 C. si in causa jud. 8, 23 (22), l. 3 C. de exsec. rei jud. 7, 53) bei fiscalischen Pfandverkäufen (l. 3 C. si adv. fisc. 2, 37 (36), l. 1, 2, 4, 6 C. de fide et jure hastae 10, 3), und zwar wohl vor allem aus dem Grunde, um gewinnsüchtige Einverständnisse zwischen den amtierenden Fiscalbeamten und den Käufern durch die Öffentlichkeit des Verkaufs hintanzuhalten (s. auch Dernburg, II, S. 138).

[20]) Proscription (l. 15, § 32 D. de injur. 47, 10; l. 4 C. de distr. pign. 8, 28 (27) und Denuntiation (l. 4 cit.).

[21]) Das diesem Urtheil sodann folgende Verfahren spielte sich in den Formen des Executionsverfahrens ab (Meibom, a. a. O., S. 433 ff.; Gerber, a. a. O., S. 400; Roth, a. a. O., S. 729 ff.; Stobbe, a. a. O., S. 629; Gengler, a. a. O., S. 263).

[22]) S. Roth, a. a. O., S. 729, Anm. 28, insbesondere das a. b. G.-B., § 461, a. preuß. L.-R., I, 20, §§ 197 und 198. Auf anderem Standpunkt steht z. B. das sächs. b. G.-B. vom Jahre 1863 (§§ 480 u. 481), wonach es dem Pfandgläubiger obliegt, die Distraction zu betreiben, ohne dass es der vorherigen Schaffung eines Vollstreckungstitels im Processwege bedarf.

[23]) Von Ausnahmen, wie sie z. B. zu Gunsten gewisser privilegierter Creditinstitute bestehen, wird im speciellen Theil gehandelt werden.

Seminar für Bürgerliches Recht

Standpunkte aus betrachtet? Es ist klar, dass in dieser Richtung gerade das Pfandrecht mancherlei Interesse bietet, da ja hier gewöhnlich der wirtschaftlich Stärkere als Pfandgläubiger dem wirtschaftlich Schwächeren als Pfandschuldner gegenüber steht. Die Gefahr dieses Übergewichtes für den Pfandschuldner liegt vor allem darin, dass ihm vom Pfandgläubiger lästige, wirtschaftlich verderbliche Vertragsbedingungen unter dem Druck der Situation aufgenöthigt werden, mit anderen Worten, die traurige Erscheinung des Pfandwuchers erhebt ihr Haupt. Da ist es nun Aufgabe des Rechts, den contractus pignoraticius für gewisse Parteidispositionen unzugänglich zu machen. Weiters sind auch für die sociale Seite der Sache die Bestimmungen über den Pfandverkauf von Bedeutung, je nachdem sie größere oder geringere Garantien für eine vollständige Verwertung des Pfandes bilden.

Es könnte scheinen, als ob das römische Recht dadurch, dass es in der Form der Hypothek dem Schuldner die volle wirtschaftliche Verfügung über die Pfandsache vorbehielt, dessen Interessen ganz besonders berücksichtigt hätte. Diese Annahme wäre unrichtig; denn dieser Vortheil des Schuldners kommt gar nicht in Betracht gegen die Nachtheile, welche das römische Hypothekensystem für den Credit im allgemeinen, somit für alle Geldbedürftige, mit sich brachte. Weiters ist auch nicht zu leugnen, dass mit dem römisch-rechtlichen Privatverkauf der Pfandsache durch den Gläubiger mancherlei Gefahren für des Schuldners Interesse verknüpft waren, was sich am deutlichsten daraus ergibt, dass der Fiscus wohlweislich für sich einen zuverlässigeren Distractionsmodus schuf.[24]) Andrerseits war der verkaufende Gläubiger allerdings verpflichtet, den Verkauf so einzurichten, dass er den höchstmöglichen Preis erzielte. Wenn nun auch ein dem Schuldner nachtheiliger Verkauf keineswegs nichtig war, so haftete dennoch der pflichtwidrig verkaufende Gläubiger für daraus entstehenden Schaden, dessen Ersatz Schuldner mit der actio pignoraticia einklagen konnte.[25])

In einer Richtung jedoch trat das römische Recht mit Entschiedenheit zu Gunsten des Pfandschuldners ein: durch Unzulässigerklärung der lex commissoria beim Pfandvertrage durch Kaiser Constantin.[26]) Die Worte, mit denen der Kaiser dies that,

[24]) S. oben Anm. 19.

[25]) S. Dernburg, II, S. 144 ff.

[26]) L. 3 C. de pactis pign. 8, 35 (34). Zur Begründung der Aufhebung sagt Constantin: „Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas rel.“

sprechen deutlich dafür, dass es sich um Abschaffung einer ebenso häufigen als drückenden Institution handelte. Dagegen war der sogenannte antichretische Vertrag zulässig, auch dann, wenn hiedurch das gesetzliche Zinsenausmaß überschritten wurde;[27]) auch konnte das Pfand als bloßes Nutzpfand mit Ausschluss des Distractionsrechtes bestellt werden;[28]) beides geeignete Mittel, den Schuldner zu bewuchern.[29])

Anders, aber nicht viel besser, steht es mit den Garantien, die das deutsche Recht für den Pfandschuldner schuf.

Am bedenklichsten zeigt sich in dieser Richtung jene Art der Verpfändung von Mobilien, bei welcher Schuldner nur mit seinem Pfande haftete;[30]) hier verfiel, falls Schuldner nicht erfüllte, das Pfand in der Weise, dass der Gläubiger, nachdem er sich durch ein gerichtliches Aufgebotsverfahren das Eigenthum an der Pfandsache verschafft, einen etwaigen Mehrwert nicht herauszugeben brauchte.[31]) Allerdings

[27]) L. 17 C. de usur. 4, 32.

[28]) Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, S. 63 ff., besonders S. 71; Windscheid, Pandekten, I, S. 709.

[29]) Andrerseits ließ sich wieder das römische Recht in gewisser Hinsicht von „Humanitätsrücksichten" leiten. So hinsichtlich der Ausnahmen von der Generalhypothek: l. 1 C. quae res pignori 8, 17 (16): alumnos tuos et ceteras res, quas neminem credibile est pignori specialiter daturum fuisse, generali pacti conventione, quae de bonis tuis facta est, in causa pignoris non fuisse, rationis est. — L. 6 D. 20, 1 (Ulpianus): obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse, utputa supellex; item vestis reliquenda est debitori, et ex mancipiis, quae in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse; proindo de ministeriis eius perquam ei necessariis, vel quae ad affectionem eius pertineant. — L. 7 h. t. (Paulus): — vel quae in usum quotidianum habentur, Serviana non competit. — L. 8 h. t. (Ulpianus): denique concubinam, filios naturales, alumnos, constat generali obligatione non contineri, et si qua alia sunt huiusmodi ministeria. S. hiezu Dernburg, I, S. 507 ff. Charakteristisch für die römisch-rechtliche Auffassung ist, dass nicht der sociale Gesichtspunkt hervorgehoben, sondern die Sache auf den präsumtiven Willen des Verpfänders abgestellt wurde. Zu erwähnen wären auch in diesem Zusammenhang, dass man die Entstehung des Pfandrechtes an Invecten und Illaten darauf zurückzuführen versucht, dass durch dieses (ursprünglich vertragsmäßige) Pfandrecht der ärmere Theil des römischen Volkes die nöthige Creditfähigkeit erhalten sollte, um Grundstücke pachten zu können. Also die große social-politische Frage nach der Erhaltung des Bauernstandes! S. z. B. Puchta, Institutionen, II, S. 261 ff.

[30]) Meibom's „Satzung als Tauschgeschäft".

[31]) Stobbe, a. a. O., S. 629; Roth, a. a. O., S. 718.

hatte auch Schuldner einen etwaigen Ausfall nicht zu ersetzen; doch wird der Fall der Unzulänglichkeit des Pfandes sicher der seltenere gewesen sein. Wir finden also hier dieselbe Wirkung, wie bei der lex commissoria des römischen Rechts, nur dass im deutschen Recht bei Satzungen der in Rede stehenden Art der Verfall der Pfandsache auch eintrat, ohne dass dies im Pfandvertrag ausdrücklich vereinbart worden war. Erst die Reception des römischen Rechts brachte hier durch das Verbot der lex commissoria Abhilfe.[32])

Andrerseits zeigt das deutsche Recht, besonders das ältere, in bestimmter Richtung eine eigenthümlich strenge und ungünstige Behandlung des Pfandgläubigers. Abgesehen davon, dass derselbe mangels besonderer Verabredung die Pfandsache nicht benützen durfte, traf ihn eine sehr weitgehende Haftung für den Untergang und die Beschädigung der Pfandsache; er haftete nämlich nach älterem deutschen Rechte selbst für casuellen Untergang und Schaden, später nur noch für culpa.[33])

Gesetzliche Pfandrechte sowie Generalhypotheken waren dem deutschen Recht vor Reception des römischen fremd; erstere aus dem Grunde, da der kräftige, aber derbe Boden des deutschen Rechts solchen künstlicheren und complicierteren Rechtsproducten überhaupt nicht günstig war; die letzteren, soweit sie gesetzliche Generalhypotheken waren, aus

---

[32]) Meibom, a. a. O., S. 332 ff. Haftete dagegen Schuldner mit seinem ganzen Vermögen, so war es Sache des Gläubigers, die „Geweldigung" des Pfandes zu erwirken, was ihn sodann berechtigte, das Pfand zu verkaufen oder aber zu versetzen. Die hyperocha musste er hier herausgeben, konnte jedoch andrerseits die Deckung eines etwaigen Ausfalls vom Schuldner mit besonderer Klage verlangen. Hervorzuheben ist die dem Gläubiger gewährte Möglichkeit, das ihm geweldigte Pfand bis zur Höhe der Pfandschuld zu versetzen. Vermöge des dem Schuldner in diesem Falle verbleibenden Einlösungsrechts gegen den Dritten war ihm die Möglichkeit der Wiedererlangung seiner Sache gegeben (Meibom, a. a. O., S. 339, 340).

[33]) Dass diese Haftung den allgemeinen Principien des deutschen Rechts über die Tragung der Gefahr in Vertragsverhältnissen entsprach, darüber s. Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts (1855), S. 251 ff. Meibom, a. a. O., S. 289 ff., verwendet die in Rede stehende Haftungspflicht, um seine Ansicht von der „Satzung als Tauschgeschäft", d. i. dem Pfandrecht ohne Forderung zu beweisen. Er meint, dass wenn der Schuldner nur ein Einlösungsrecht hat, dieses nothwendigerweise wegfallen muss, sobald die Pfandsache untergegangen. Ältere Germanisten bewiesen damit den Satz, dass der Pfandgläubiger Eigenthümer des Pfandes werde, womit die Beziehung zur römischen fiducia und zu dem Satz: casum sentit dominus hergestellt war (Meibom, a. a. O., S. 283 f.).

demselben Grunde, im übrigen wohl deshalb, da sie gegen das deutsch-rechtliche Publicitätsbedürfnis verstießen, indem ja die Verpfändung eines ganzen Vermögens einen unbegrenzten und zudem wechselnden Kreis von Gütern begreift.[34]) Erst das römische Recht brachte die Legalhypothek und die wirtschaftlich bedenkliche Generalhypothek nach Deutschland. Erstere erhielt sich als praktisches und nützliches Institut, während letztere in den neueren Gesetzgebungen wieder verschwand, indem sie dem Princip der Specialität wich.[35])

Schon diese wenigen, nur das Wichtigste berührenden Bemerkungen dürften ergeben, dass auf das Pfandrecht nicht verwiesen werden darf, um den „antisocialen" Zug des römischen Rechts dem deutschen gegenüber nachzuweisen. Das erstere hat vielmehr durch die Ungiltigerklärung der lex commissoria beim Pfandvertrage dem Schuldner in einem ganz entscheidenden Punkte wirksamen Schutz verliehen. Um welch bedeutungsvollen Umstand es sich dabei handelt, zeigt sich daran, dass auch die neueste Legislation[36]) an diesem römisch-rechtlichen Grundsatz festhält, ein Grundsatz, den uns die nationale Rechtsentwicklung wohl kaum überliefert hätte.

§ 4.

Plan der Darstellung. Ausscheidung des sogenannten richterlichen Pfandrechts.

Dass auch für die äußere Anordnung des Stoffes bei Darstellung des Pfandrechts, sei es auch nur des Mobiliarpfandrechts, vor allem entscheidend sein muss, wie man sich zur Pfandrechtstheorie, insbesondere zur Frage der Einheit des Pfandrechtsbegriffes, stelle, ist einleuchtend. Trotzdem ist in den Gesammtdarstellungen des Pfandrechts, wie sie sich in unsern gemein- und particularrechtlichen Privatrechtsbearbeitungen finden, Übereinstimmung zwischen äußerer Anordnung und der befolgten Systematik, fast durchwegs zu vermissen. Dies ist kein Zufall, sondern der deutliche und begreifliche Ausdruck für die Verlegenheit, die der Versuch, das Pfandrecht in das System der dinglichen und persönlichen Rechte einzuzwängen, unter allen Umständen bereiten muss. Manche

---

[34]) In Rom gehörten beide Institute der nachrepublikanischen Periode an (Dernburg, I, S. 292, 335, 501).

[35]) Die Generalhypothek findet sich noch mit gewissen Beschränkungen im Code Napoléon (Roth, a. a. O., S. 537 ff.).

[36]) Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, § 1229.

Es ist somit auf Grund vorstehender Ausführungen zu behaupten, dass das Specialitätsprincip im österreichischen Mobiliarpfandrecht ausnahmslose Geltung hat.

§ 10.

Die Publicität.

Wenn das sogenannte Publicitätsprincip auch nicht mit logischer Consequenz aus dem Pfandrechtsbegriff folgt, so drückt es dennoch dem modernen Pfandrecht die entscheidende Signatur auf. Es ist jener Punkt, in dem die Überlegenheit des letzteren über das römische System der Mobiliarhypothek auf das klarste zutage tritt.

Das Wesen dieses Princips besteht darin, dass Pfandrecht an beweglichen Sachen mit voller Wirksamkeit gegen dritte Personen nur auf eine Art erworben werden kann, welche zugleich „ein zweckmäßiges Mittel zur Bekanntmachung" der Verpfändung ist, „damit jedermann auf die Einschränkung des Eigenthümers aufmerksam gemacht und gewarnt werde.[1]) Es soll daher für die Pfandrechte an Mobilien eine Art Öffentlichkeit, Offenkundigkeit geschaffen werden, wie sie in allerdings viel ausgebildeterer Form für Hypotheken das öffentliche Buch herstellt.[2]) Zweck derselben ist, dem Erwerber einer belasteten Sache wenigstens einen Fingerzeig zu geben, dass dem vollen Sacherwerb rechtliche Hindernisse entgegenstehen. War die Belastung für ihn nicht erkennbar und erwarb er die Sache, so liegt zweifellos ein schwerer Collisionsfall vor, dessen Lösung dem positiven Recht unter allen Umständen Schwierigkeiten bereiten muss, ja dessen Lösung überhaupt nur auf mehr oder weniger gewaltsame Weise möglich ist. Wohlerworbenes Recht steht hier dem Anspruch auf Verkehrssicherheit entgegen: das Gesetz muss sich entscheiden, ob das eine oder das andere das höhere Princip ist. Das österreichische Recht hat sich zu

---

pfandrechtähnliches Verhältnis vorliegt, kann hier nicht näher untersucht werden; dies bleibt der Besprechung der einzelnen gesetzlichen Pfandrechte vorbehalten.

[1]) Worte Zeiller's, Comm., II, S. 256, 259.

[2]) Im alten griechischen Recht erzielte man die Publicität auch der Immobiliarpfandrechte zum Theil (bes. in Attika) durch äußere Zeichen, und zwar durch Pfandsteine und Pfandsäulen (Hypothekensteine), welche auf dem Pfandobjecte angebracht wurden und die erforderlichen Daten, insbesonders auch die Pfandsumme, enthielten. S. darüber Hitzig, das griechische Pfandrecht, S. 53, 67 ff.

Gunsten der Verkehrssicherheit entschieden, zugleich aber nicht versäumt, Vorsorge zu treffen, dass Fälle so scharfen Conflictes möglichst selten seien. Im Dienste dieser Idee steht das Publicitätsprincip, welches somit den Charakter einer gesetzlichen Präventivmaßregel trägt. Seine Function ist eine doppelte. Einmal besteht es zu Gunsten dessen, der eine bereits belastete Sache selbst oder ein Pfandrecht daran erwerben will: diesen macht es auf die vorhandene Belastung aufmerksam und hält ihn eventuell vom Abschluss des Geschäftes ab. Zweitens besteht es auch im Interesse des ersten Pfandrechtserwerbers selbst, denn es zerstört die bona fides des späteren Rechtserwerbers und hindert auf diese Weise den Eintritt jener positiv rechtlichen Folgen, die man als Schutz des redlichen Erwerbes zu bezeichnen pflegt. Hier berührt sich demnach das Publicitätsprincip mit dem Princip des Schutzes redlichen Verkehrs: es erscheint in dieser Beziehung, wie gesagt, als Präventivveranstaltung, um Fälle möglichst hintanzuhalten, wo die doch immerhin etwas brutale Lösung, welche Schutz des redlichen Erwerbes heißt, zur Anwendung kommt.[3])

Der Zweck, Collisionen von Rechten an beweglichen Sachen, speciell von Pfandrechten thunlichst hintanzuhalten, kann außer durch Publicierung der obwaltenden Rechtsverhältnisse auch noch auf andere Weise angestrebt werden.[4]) Das Gesetz kann durch verschiedene Mittel auf den Eigenthümer der bereits verpfändeten Sache wirken, dass er eine weitere Verpfändung unterlasse. Diese Mittel sind dreifacher Natur. Von jedem derselben hat die Gesetzgebung verschiedener Zeiten und Völker Gebrauch gemacht. Das erste dieser legislatorischen Mittel besteht darin, die Rechtswirksamkeit der Bestellung des ersten Pfandrechts an Bedingungen und Formen zu knüpfen, welche es dem Eigenthümer physisch unmöglich machen, eine zweite Verpfändung vorzunehmen. Diese Unmöglichkeit wird dadurch erzielt, dass der Pfandrechtserwerb abhängig gemacht wird von der Erlangung der

[3]) Abgesehen von dieser Beziehung haben die Principien der Publicität und des Schutzes redlichen Verkehrs nichts gemein. Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 7, welcher mit Recht auf die Verschiedenheit der ratio beider Institute verweist. Allerdings ist die Herrschaft des einen ohne die des andern kaum denkbar. Erst das Bestreben den redlichen Verkehr zu schützen, ließ die Publicität der Rechtsverhältnisse an Sachen als wünschenswert erscheinen.

[4]) Dies hervorzuheben und zu besprechen, ist nöthig, um specifische Natur und Function der Publicität festzustellen.

thatsächlichen Gewalt seitens des Pfandgläubigers über die Pfandsache, wodurch Verpfänder an jeder eigenmächtigen Disposition über die Pfandsache gehindert ist. Dies ist der Standpunkt der neuesten deutschen Gesetzgebung.[5]) Danach kommt neben der Übergabe von Hand zu Hand die sogenannte symbolische Übergabe nur insofern in Betracht, als sie ein Gewaltverhältnis des Pfandgläubigers hinsichtlich der verpfändeten Sache vermittelt. Das heißt mit anderen Worten: die eigentliche symbolische Übergabe, die bloße Bezeichnung der Pfandsache, das bloße Erkennbarmachen der Verpfändung für dritte Personen, wie dies der Schlusssatz des § 427 a. d. G.-B. im Auge hat, genügt nicht zu einem gegen Dritte wirksamen Pfandrechtserwerb. Es ist daher logisch richtiger, für das neue deutsche Civilrecht den Begriff der symbolischen Tradition überhaupt fallen zu lassen und zu behaupten, dass die Erlangung der Gewahrsam seitens der Pfandgläubiger das Entscheidende sei.[6]) Diese Gewahrsam braucht keine ausschließliche zu sein; es genügt, wenn sie dem Pfandgläubiger gemeinsam mit dem Verpfänder zusteht.[7]) Ohne Einräumung wenigstens einer solchen Mitgewahrsam entsteht kein gegen Dritte wirksames Pfandrecht.

---

[5]) S. deutsches b. G.-B., §§ 1205, 1206.

[6]) Sei es nun, dass diese Gewahrsam neu begründet wird, oder im Fall der Übergabe durch brevi manu traditio die bereits bestehende fortgesetzt wird. Über die symbolische Übergabe sagen die Motive 1. Lesung, III, S. 90, 91: „Bei der sogenannten fingierten oder symbolischen Tradition handelt es sich dagegen um eine wirkliche Übergabe. Die Vorschriften über die symbolische Tradition haben den Zweck, einer unrichtigen Verneinung der Erlangung der thatsächlichen Gewalt auf Seiten des Empfängers vorzubeugen. Besonders häufig ist die Verweisung auf die symbolische Tradition durch Schlüsselübergabe. Gegen die Aufnahme derartiger Bestimmungen ist der allgemeine Grund geltend zu machen, dass die Frage der Erlangung der thatsächlichen Gewalt bei der Vielgestaltigkeit der Fälle und der hieraus für ein gesetzgeberisches Eingreifen sich ergebenden Gefahr besser der richterlichen Würdigung im einzelnen Falle vorbehalten bleibt." Hiemit wird in Form einer handgreiflichen petitio principii die symbolische Tradition im eigentlichen, specifischen Sinn abgelehnt. Auf diesem Standpunkt steht auch schon im Gegensatz zum preuß. L.-R., welches die eigentliche symbolische Übergabe kennt, die deutsche Reichsgesetzgebung, insbesondere das Einführungsgesetz zur deutschen Reichsconcursordnung und die Reichscivilproceßordnung, letztere hinsichtlich des Pfändungspfandrechts. Bekanntlich fordert das preuß. L.-R. für den Pfandrechtserwerb durch symbolische Übergabe schriftliche Beurkundung (I, 20, § 273). Vgl. auch Dernburg, Preuß. P.-R., I, S. 905.

[7]) Hieher gehören die Fälle des gemeinschaftlichen Verschlusses oder der Bestellung einer gemeinschaftlichen Aufsichtsperson (§ 1206 D. b. G.-B.).

Im Gegenſatz zu dieſem Syſtem der Dispoſitionsentziehung beſteht ein zweites Mittel zur Vermeidung von Pfandrechtscolliſionen darin, daſs dem Verpfänder die weitere Verfügungsmacht über die Pfandſache zwar nicht phyſiſch aber *rechtlich* entzogen wird und zwar durch Auferlegung civilrechtlicher Dispoſitionsverbote. Auf dieſem Standpunkt ſteht das *deutſche* Recht bezüglich der „Satzung um bekannte oder gichtige Schuld“. Verpfänder durfte die Pfandſache nicht weiter verpfänden. „Geſchah es doch, ſo war die jüngere Verpfändung gegenüber dem erſten Pfandgläubiger unwirkſam, auch wenn ihm der zweite Pfandgläubiger in der Verfolgung des Pfandes zuvorkam.“[8])

Zu einem dritten Mittel, dem unvollkommenſten, muſste das *römiſche* Recht Zuflucht nehmen. Es beſtand in der ſtrafrechtlichen Verfolgung deſſen, der dieſelbe Sache mehrfach verpfändete.[9])

Während die ſoeben beſprochenen Mittel zur Hintanhaltung von Pfandrechtscolliſionen dem Übel dadurch beizukommen trachten, daſs ſie dem Verpfänder mehr oder minder feſt die Hände binden, alſo durch deſſen Perſon hindurch wirken, macht die Publicität des Pfandrechts ihren colliſionsverhindernden Effect unabhängig von der Perſon des Verpfänders, indem ſie direct auf denjenigen wirkt, der im Begriff ſteht, an der bereits verpfändeten Sache ein weiteres Pfandrecht zu erwerben. Das Syſtem der Publicität verlangt daher nur, daſs die Verpfändung unter allen Umſtänden dritten Perſonen erkennbar ſein muſs; für ſie iſt es dagegen kein abſolutes Erfordernis, daſs der Pfandgläubiger die Gewahrſam oder wenigſtens Mitgewahrſam erhalten müſſe. Ja es wäre an und für ſich denkbar, daſs ein Recht ganz von der Dispoſitionsentziehung abſehen und auch dort, wo Übergabe möglich, ſich mit Kenntlichmachung der Verpfändung durch Zeichenanbringung begnügen würde. Dies wäre das Publicitätsprincip in ſublimierter Form. Wenn ſich hiezu wohl kaum ein Recht entſchließen wird, ſo geſchieht dies auf Grund der richtigen Erkenntnis, daſs Beſeitigung der Dispoſitionsmacht des Verpfänders ein wenigſtens ebenſo wichtiges Erfordernis für die Pfandrechtsercierung iſt, als die äußere Erkennbarmachung der Verpfändung. Da nun dieſe durch Übergabe der Pfandſache an den Pfandgläubiger erfolgende Dispoſitions-

---

[8]) *Meibom*, Das deutſche Pfandrecht, S. 429 und insbeſondere die in Anm. 97 angezogenen Quellenſtellen.

[9]) Crimen stellionatus (Cod. 9, 34).

Seminar für Bürgerliches Recht

entziehung fast in allen Fällen auch äußerlich erkennbar ist, so wirkt sie nebenbei auch Publicität, verrichtet also zwei wichtige Functionen auf einmal.[10]) Auch das österreichische Recht knüpft den Pfandrechtserwerb der Regel nach an das Erfordernis, dass dem Verpfänder die Verfügungsmacht über die Pfandsache entzogen wurde. Hieher gehören die Fälle der wirklichen Übergabe der Pfandsache sowie jene Fälle der symbolischen Tradition, in denen zugleich Verschaffung der Gewahrsam, Übertragung der thatsächlichen Gewalt liegt: also im Sinn des § 427 a. b. G.-B. vor allem der 1. Fall, wo die Werkzeuge übergeben werden, „durch die der Übernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen", vornehmlich also die Schlüsselübergabe.[11]) Im Gegensatz zur neuen deutschen Gesetzgebung bleibt jedoch das österreichische Recht hiebei nicht stehen, sondern gestattet unter Umständen thatsächlich den Pfandrechtserwerb durch bloße Bezeichnung, ohne irgendwelche Übertragung der thatsächlichen Gewalt. Wenn das Gesetz (§ 427) auch hier von „Übergabe durch Zeichen" spricht, so ist dies nichts als eine jener beliebten Fictionen, welche in gewaltsamer Weise Ausnahmen von der Regel unter die Regel zwängen: Übergabe durch Zeichen heißt nichts anderes, als dass vorliegenden Falls die Übergabe gar nicht erforderlich ist; es genügt, wenn man „mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, dass die Sache einem andern überlassen (verpfändet) worden ist" (§ 427).[12]) In Fällen dieser Art tritt das Publicitätsprincip in juristisch reiner Form zutage. Ob es zweckmäßig ist, einen Pfandrechtserwerb ohne jede Übertragung der Gewahrsam oder Mit-

[10]) Ich sage: fast in allen Fällen. Erfolgt die Übergabe der Pfandsache durch brevi manu traditio, so tritt wohl Dispositionsentziehung ein, der Verpfändungsact ist aber nicht äußerlich erkennbar. S. Dernburg, Preuß. P.-R., I, S. 905, Anm. 2, welcher hiezu meint, dass auf die Entziehung der Verfügungsmacht des Verpfänders das Hauptgewicht zu legen sei. Dass nach österr. Recht Pfandrechtserwerb durch brevi manu traditio zulässig, unterliegt keinem Zweifel. S. auch Zeiller, Comm., II, S. 258.

[11]) Hieher gehört ferner die auch nach österr. Recht zulässige Einräumung des Mitverschlusses, desgleichen die Aufstellung einer gemeinschaftlichen Aufsichtsperson, endlich der Fall, wo eine in Detention eines Dritten befindliche Sache dadurch verpfändet wird, dass der „mittelbare" Besitz auf den Pfandgläubiger übertragen und hievon der Detentor verständigt wird. Diesen Fall behandelt ausdrücklich § 1205 D. b. G.-B.

[12]) Selbstverständlich ist diese Art der Verpfändung nur zulässig, wenn körperliche Übergabe von Hand zu Hand unthunlich (§ 452 a. b. G.-B.).

gewahrsam zuzulassen, soll hier nicht untersucht werden. Wenn die moderne Rechtsentwickelung in dieser Richtung zu größerer Schroffheit drängt, so läßt sich dafür anführen, daß die Beseitigung der Verfügungsmacht des Verpfänders über die Pfandsache das sicherste Mittel zur Hintanhaltung von Pfandrechtscollisionen ist. Wohl ist es einfacher und bequemer, nur Zeichen anzubringen; sie sind aber auch ebenso leicht vertilgbar als anbringbar.[13])

Der Standpunkt des österreichischen Rechts entspricht der hohen Bedeutung, welche die Verfasser des a. b. G.-B. dem Publicitätsgedanken auf sachenrechtlichem Gebiet beilegten. Aus Zeiller's Commentar tritt uns dies auf Schritt und Tritt entgegen. Wenn nun auch die Redactoren von diesem Grundgedanken aus zu einer im allgemeinen richtigen Regelung der Voraussetzungen des Pfandrechtserwerbs gelangten, so sind sie doch, insbesondere auch Zeiller, von einer gewissen Einseitigkeit in der Anwendung des Publicitätsgedankens, von einer gewissen Überspannung desselben, nicht freizusprechen. Dies zeigt sich vor allem in der Unterschätzung des Momentes der Dispositionsentziehung.[14]) Diese Unterschätzung führte zur Zulassung der Verpfändung durch bloße Bezeichnung, weiters zu einer nicht ganz scharfen Beurtheilung des Wesens und Umfanges der sogenannten symbolischen Übergabe.[15]) Statt von dieser nur dort zu sprechen, wo ganz ausschließlich Bezeichnung ohne gleichzeitige Gewaltübertragung stattfindet, wurde sie der Übertragung „von Hand zu Hand" gegenübergestellt. Damit ward sie zum Sammelbegriff für eine Reihe von Fällen, welche außer dem Negativum, daß Übergabe von Hand zu Hand nicht vorliegt, nichts Gemeinsames haben. Das Unrichtige einer zu scharfen Betonung des Publicitätsgedankens zeigt sich vor allem auch, wenn wir an den Fall des Pfandrechtserwerbs durch brevi manu traditio denken. Wer das Schwergewicht auf die Erkennbarkeit des Verpfändungsactes legt, muß die brevi manu traditio als ungeeignet zur Pfandrechtsbestellung bezeichnen und dies müßte consequent auch das österreichische Recht thun. Wenn es sich dazu nicht versteht,[16]) so ist dies dem juristischen Takt der Verfasser des a. b. G.-B.

[13]) Wobei keineswegs nur an absichtliche Beseitigung durch den Verpfänder zu denken ist.

[14]) Zeiller, Comm., II, S. 256, sieht sogar die Bedeutung der körperlichen Übergabe der Pfandsache ausschließlich in der dadurch bewirkten Publicität.

[15]) S. auch Stubenrauch, I, S. 518, Anm. 2.

[16]) S. oben, Anm. 10.

zu verdanken, welcher sie abhielt, ihre Principien unbekümmert um die praktischen Consequenzen zu verfolgen.[17])

Ebenso unzweifelhaft als dass im österreichischen Recht Pfandrechtserwerb mit Wirkung gegen Dritte durch brevi manu traditio zulässig, ist andrerseits, dass constitutum possessorium hiezu nicht hinreicht. Fast alle Schriftsteller stimmen in diesem Punkte überein.[18])

---

[17]) Zeiller, II, S. 258, hilft sich über diesen Punkt mit folgender Bemerkung hinweg. Durch brevi manu traditio könne deshalb Pfandrecht erworben werden, „weil sie eine Übergabe in der Kürze ist und nicht minder die Verpfändung andeutet, als wenn die Sache dem Eigenthümer zurückgestellt und von demselben neuerdings übergeben worden wäre." Zeiller meint also, der Umstand, dass die Sache sich nicht beim Verpfänder befinde, sei für den zweiten Pfandgläubiger unter allen Umständen genügende Warnung, ob nun die Übergabe gelegentlich der ersten Verpfändung oder schon früher aus einem andern Grunde geschehen. Das Bedenkliche dieser Argumentation tritt hervor, wenn wir folgenden Fall setzen. A hatte dem B die diesem ursprünglich geliehene Sache später durch brevi manu traditio verpfändet. C, welcher wohl Kenntnis davon hat, dass die Sache sich auf Grund eines commodatum bei B befindet, von der ersten Verpfändung jedoch nichts weiß, lässt sich von A dieselbe Sache dadurch verpfänden, dass dieser ihm den „mittelbaren Besitz" (s. oben Anm. 11) überträgt und zugleich B davon verständigt. Hier versagt das von Zeiller behauptete Publicitätsmoment vollständig: es entsteht ein zweites, collidierendes Pfandrecht.

[18]) A. M. Nippel, Erläuterungen, III, S. 463, welcher aus der Zulässigkeit des constitutum possessorium beim Eigenthumserwerb schließt, dass es auch für den Pfandrechtserwerb hinreiche. Er bemerkt weiters, dass in diesem Fall „die nämlichen Rechtswirkungen eintreten, als wenn der Gläubiger das ihm bereits übergebene Pfand mit Vorbehalt seines Pfandrechts an den Schuldner wieder zurückgestellt hätte." Zugleich verweist er auf § 467 a. b. G.-B. und fügt bei: „Hier ist eine zweifache Übergabe in Kürze vorhanden." Der Hinweis auf § 467 a. b. G.-B. erscheint prima facie immerhin beachtenswert. Daraus, dass diese Gesetzesstelle das Pfandrecht nur durch vorbehaltliche Rückstellung der Pfandsache erlöschen lässt, scheint allerdings zu folgen, dass durch den Vorbehalt das Pfandrecht erhalten wird. Die nähere Betrachtung des § 467 a. b. G.-B. kann erst in der Lehre von der Endigung des Pfandrechts erfolgen. Hier nur in Kürze die entscheidenden Gesichtspunkte. Zwei Factoren sind es, die den in Rede stehenden Theil des § 467 bei der Entstehung dieses Paragraphen ungünstig beeinflussten. Erstens die gemeinrechtliche Anschauung, dass für die Beurtheilung der Rückgabe des Pfandes der Gesichtspunkt des Verzichts, der Entsagung maßgebend sei. Dies ist wohl für das röm. Recht richtig, wo zum Pfandrechtserwerb ein äußerer Thatbestand nicht erforderlich. Im modernen, speciell österr. Recht aber, wo die Wirkung des Pfandrechts gegen Dritte oder was gleichbedeutend ist: das Vorhandensein eines wirklichen vollqualificierten Pfandrechts im Sinne des § 447 a. b. G.-B. („das Pfandrecht ist das dingliche Recht") an noch andere Umstände als den Partei-

Der Grund liegt darin, daſs es beim Pfandrechtserwerb nicht nur auf Verſchaffung der Einwirkungsmöglichkeit, ſondern auf erkennbare Veränderung des ſubjectiven Gewaltverhältniſſes ankommt.

Das Publicitätsprincip beherrſcht nicht das ganze Pfandrechtsgebiet, ſondern nur das vertragsmäßige Pfandrecht. Wie es ſich damit beim ſogenannten Pfändungspfandrecht verhält, wurde bereits

---

willen geknüpft iſt, trifft dies nicht zu. Es kann nicht geſtattet werden, daſs ein Zuſtand, der das Entſtehen des Pfandrechts gehindert haben würde, nachträglich durch Parteiwillen geſchaffen werde, ohne daſs hiedurch das entſtandene Pfandrecht berührt würde. Die unrichtige Theorie von der ſtillſchweigenden Verzichtleiſtung tritt deutlich hervor bei Zeiller, Comm., II, S. 281, Nippel, a. a. O., III, S. 519, aber auch bei ſpäteren Schriftſtellern, ſo z. B. Stubenrauch, Comm. (6. Aufl.), I, S. 619, auch bei Krainz-Pfaff, I, S. 788. Ungünſtig wurde der bezügliche Theil des § 467 weiters dadurch beeinflusst, daſs die Redactoren ſich zwar an das preuß. L.-R. anlehnten, deſſen Beſtimmungen jedoch derart abkürzten, daſs dadurch ein ganz richtiger Gedanke des preuß. L.-R. nicht nur verloren gieng, ſondern an deſſen Stelle auch noch eine zu Miſsverſtändniſſen führende Beſtimmung geſetzt wurde. Das preuß. L.-R. enthält nämlich (I, 20, § 253) nicht nur die Beſtimmung, daſs die vorbehaltloſe Beſitzentſchlagung Verluſt des Pfandrechts wirkt, ſondern im folgenden § 254 den Satz, daſs dieſer Vorbehalt nur gegen den Empfänger, nicht aber gegen einen Dritten wirkt; mit andern Worten: Gläubiger, der die Sache ſeinem Schuldner mit Vorbehalt des Pfandrechts zurückgegeben, hat „dennoch nur einen perſönlichen Anſpruch auf Rückgewähr derſelben“ (Dernburg, Preuß. P.-R., I, S. 917), das Pfandrecht als ſolches, als gegen Dritte wirkſames, hat er verloren. Dies iſt auch für das öſterr. Recht zu behaupten, obwohl § 467 Anderes zu ſagen ſcheint. Indes machte ſchon Zeiller, Comm., II, S. 281, darauf aufmerkſam, es könne ein ſolcher Vorbehalt „einem Dritten, dem es (das Handpfand) von dem Schuldner eigenthümlich oder pfandweiſe überlaſſen worden, nicht zum Nachtheile gereichen“ (§ 456). Die Bemerkung bei Krainz-Pfaff, I, S. 788: „zeitweilige Rückſtellung unter Vorbehalt der Rückgabe zerſtört aber das Pfandrecht nicht“ iſt daher mindeſtens ungenau, wird indes durch Anm. 4 (a. a. O.) im weſentlichen zurückgenommen. Den richtigen Gedanken, daſs Rückgabe des Pfandes an den Verpfänder Erlöſchung des Pfandrechts bewirkt, erhielt ſchon der Cod. Nap., wie ſich aus deſſen art. 2076 ergibt: „Dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties.“ Die neueſten Privatrechtscodificationen drücken ſich noch beſtimmter aus; ſo das ſächſ. b. G.-B. im § 486: „Das Fauſtpfandrecht erlöſcht, wenn der Pfandgläubiger dem Verpfänder die Sache zurückgibt.“ Das deutſche b. G.-B. enthält im § 1253, Abſatz 1, folgende Beſtimmung: „Das Pfandrecht erliſcht, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigenthümer zurückgibt. Der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts iſt unwirkſam.“

Seminar für Bürgerliches Recht

oben der Betrachtung unterzogen.[19]) Aber auch das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters entbehrt der Publicität,[20]) man müsste denn eine gewisse Publicität als dadurch gegeben erachten, dass die bezüglichen Gegenstände sich in dem Hause, beziehungsweise auf dem Grunde des Pfandgläubigers befinden, ein Gedanke, der dadurch einigermaßen unterstützt wird, dass dieses locale Verhältnis für die Fortdauer des Pfandrechts maßgebend ist. Von einem Publicitätserfordernis könnte schon deshalb nicht die Rede sein, weil das gesetzliche Pfandrecht ja von selbst, ohne Zuthun der Parteien, seine Gegenstände erfasst.

§ 11.

Die sogenannte Untheilbarkeit des Pfandrechts.

Auf Grund eines aus Papinian's liber VIII. quaestionum entnommenen Digestenfragmentes, in welchem der Jurist beiläufig bemerkt, dass die causa pignoris indivisa sei,[1]) entwickelte die ältere gemeinrechtliche Doctrin das Dogma von der Untheilbarkeit des Pfandrechts.[2]) Es wird uns ganz allgemein versichert, dass das Pfandrecht ein untheilbares Recht sei und dass dieser Grundsatz im römischen Recht „mit größter Folgerichtigkeit" durchgeführt worden sei.[3]) Sintenis allerdings macht[4]) schon eine bedeutsame Einschränkung, indem er bemerkt, es verstehe sich die Eigenschaft der Untheilbarkeit nur von der Fortdauer eines schon bestehenden Pfandrechts an den Pfandgegenständen, nicht aber auf die gleich zu Beginn erfolgte theilweise Verpfändung. Damit ist die principielle Theilbarkeit des Pfandrechts indirect proclamiert. Spätere gemeinrechtliche Schriftsteller

[19]) S. 37 ff.

[20]) Schon Zeiller macht auf diese Ausnahmen aufmerksam (Comm., II, S. 255, 256), welche er damit motiviert, dass hier das Gesetz jeden von dem Pfandrechte unterrichte.

[1]) L. 65 D. de evict. 21, 2 („idque placebat propter indivisam pignoris causam rel."); manche lesen statt indivisam: individuam, s. z. B. Gesterding, Pfandrecht, S. 64.

[2]) So Westphal, a. a. O., S. 81; Gesterding, a. a. O., S. 64 ff.; Sintenis, Pfandrecht, S. 17 ff. unter verschiedener Begründung: Gesterding folgert aus der „Natur der Sache" (S. 65), Sintenis aus dem Wesen des dinglichen Forderungsrechts (S. 17).

[3]) Gesterding, a. a. O., S. 67; Sintenis, a. a. O., S. 18.

[4]) A. a. O., S. 17.